



FACULTAD DE DERECHO

ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 41/2003 EN DERECHO DE SUCESIONES

La protección patrimonial del discapacitado

Autor: Cristina Martí Salorio

5º, E3 y B

Derecho Civil

Tutor: Alberto Serrano Molina

Madrid

Abril 2018

Madrid

Abril 2018

RESUMEN EJECUTIVO

La discapacidad intelectual es una realidad social que trasciende las fronteras de los Estados. La discapacidad supone para quienes la sufren un mayor número de obstáculos en el disfrute de los derechos y libertades. Desde el siglo pasado se ha intentado dar visibilidad a este colectivo y desarrollar mecanismos que les faciliten superar esos obstáculos. Uno de los elementos que mayor repercuten en el bienestar de las personas con discapacidad es la existencia de medios económicos con los que atender sus específicas necesidades. En esta línea, el poder legislativo español aprobó la Ley 41/2003 cuyo objetivo es desarrollar mecanismos de protección patrimonial de quienes tienen una discapacidad. Este estudio pretende analizar críticamente las modificaciones introducidas en la Ley 41/2003, así como la valoración que estas reformas han recibido por parte de la doctrina y jurisprudencia.

Palabras clave: discapacidad, Ley 41/2003, protección patrimonial.

ABSTRACT

Intellectual disability is a social reality part of all Countries. People with a disability suffer not only their physical or intellectual impairment but also all the obstacles on their way to access and exercise their rights. In order help them overcome those obstacles, western states have developed policies and legislation that ensure the access to same rights. One of the elements affects the most on their exercise their rights are the economic resources. Those resources allow them to satisfy its special needs. In 2003 The Spanish parliament approved Ley 41/2003, whose objective is to develop mechanisms that protect the heritage situation of people with disabilities.

Key words: *disability, Ley 41/2003, heritage protection.*

ÍNDICE

RESUMEN EJECUTIVO	1
ABSTRACT	2
ÍNDICE	3
LISTADO DE ABREVIATURAS	5
1. INTRODUCCIÓN	7
1.1. Objetivos	7
1.2. Metodología	7
2. MARCO TEÓRICO	9
2.1. La discapacidad.....	9
2.1.1. Terminología y ámbito subjetivo de la ley 41/2003	9
2.1.2. La realidad de la discapacidad a nivel nacional, comunitario e internacional.....	11
2.2. LA PROTECCION JURIDICA OTORGADA A LOS DISCAPACITADOS	12
2.2.1. El fenómeno de la discapacidad a nivel internacional y comunitario.....	13
2.2.2. El fenómeno de la discapacidad a nivel estatal.....	14
3. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 41/2003 EN MATERIA DE DERECHO DE SUCESIONES	16
4. CAUSA DE INDIGNIDAD RESPECTO DE LOS DISCAPACITADOS	16
4.1. Concepto y naturaleza de la causa de indignidad	16
4.2. Cambios introducidos por la ley 41/2003.....	20
4.3. Valoración de la doctrina	22
4.4. Valoración de la jurisprudencia	23
5. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA A FAVOR DEL DESCENDIENTE LEGITIMARIO INCAPACITADO	26
5.1. El sistema de legítimas en nuestro ordenamiento jurídico.....	26
5.2. Orígenes de la sustitución fideicomisaria	28
5.3. Concepto y naturaleza de la sustitución fideicomisaria	30
5.4. Cambios introducidos por la Ley 41/2003	32
5.5. Valoración de la doctrina	33
5.6. Valoración de la jurisprudencia	39
6. TRATO FAVORABLE EN DONACIONES O LEGADOS DEL DERECHO DE HABITACIÓN CONCEDIDO AL DISCAPACITADO	42
6.1. Concepto y naturaleza del legado de derecho de habitación	42
6.2. Cambios introducidos por la ley 41/2003.....	42

6.3.	Valoración de la doctrina	45
6.4.	Valoración de la jurisprudencia	46
7.	FACULTAD CONCEDIDA AL CÓNYUGE SUPÉRSTITE DE MEJORAR Y DISTRIBUIR A LOS HIJOS O DESCENDIENTES COMUNES	48
7.1.	Concepto y naturaleza jurídica de la mejora	48
7.2.	Modificaciones introducidas con la ley 41/2003	50
7.3.	Valoración de la doctrina	56
7.4.	Valoración de la jurisprudencia	57
8.	LA EXENCIÓN DE TRAER A COLACIÓN LOS GASTOS DE LOS DESCENDIENTES DISCAPACITADOS.....	60
8.1.	Concepto y naturaleza de la colación	60
8.2.	Cambios introducidos por la ley 41/2003.....	64
8.3.	Valoración de la doctrina	65
8.4.	Valoración de la jurisprudencia	68
9.	CONCLUSIONES	69
10.	BIBLIOGRAFÍA	72
10.1.	Legislación	72
10.1.1.	Comunitaria.....	72
10.1.2.	Nacional	72
10.2.	Jurisprudencia	73
10.3.	Obras doctrinales	73
10.4.	Otros.....	74
	Ilustración 1 Protección jurídica del discapacitado	14
	Ilustración 2 Protección jurídica del discapacitado	15
	Ilustración 3 Modificaciones introducidas por la Ley 41/2003 en Derecho de Sucesiones	16
	Ilustración 4 Críticas doctrinales Sustitución fideicomisaria a favor del discapacitado.	34
	Ilustración 5 Crítica doctrina ampliación facultades cónyuge supérstite.....	54

LISTADO DE ABREVIATURAS

CC	Código Civil
CE	Constitución Española de 1978
CIDDM	Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías
CIDDM-2	Clasificación Internacional del funcionamiento y la Discapacidad
INE	Instituto Nacional de Estadística
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
Ley 11/1981	Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.
Ley 26/2011	Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
Ley 41/2003	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.
LH	Ley hipotecaria
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de las Naciones Unidas
RAE	Real Academia Española
RD	Real Decreto
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
UE	Unión Europea

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Objetivos

Este trabajo tiene como propósito examinar las modificaciones introducidas por la Ley 41/2003 de protección Patrimonial de los Discapacitados, en materia de Derecho de Sucesiones, así como sus relativas repercusiones en el sistema jurídico español en particular.

Este objetivo general formulado como propósito del trabajo, se concreta en los siguientes objetivos específicos:

- Identificar y analizar los cambios introducidos por la Ley 41/2003
- Identificar las repercusiones en nuestro sistema jurídico
- Contrastar la nueva regulación respecto de la preexistente
- Analizar e integrar la valoración de la doctrina así como la jurisprudencia
- Exponer las mejoras e inconvenientes u obstáculos derivados de la nueva regulación

1.2. Metodología

La metodología del presente trabajo de investigación se apoya primordialmente en una revisión de la legislación, doctrina y jurisprudencia en materia de Derecho de Sucesiones relativa a los discapacitados. Esto va a permitir desarrollar un marco conceptual que ilustre todos los aspectos de los cambios introducidos.

En lo relativo a las fuentes de información académicas, se ha utilizado manuales de derecho y artículos doctrinales a través de la biblioteca de la Universidad (para el análisis doctrinal), Westlaw (para el análisis jurisprudencial), La Ley Digital, Google Scholar y de manera residual Dialnet. Gracias a estas fuentes se ha conseguido los resultados necesarios para el tema de estudio. Se ha complementado esta búsqueda con fuentes no académicas como informes de la Organización de las Naciones Unidas o del Instituto Nacional de Estadística.

En la búsqueda, las palabras claves han sido tales como “protección patrimonial del discapacitado”, “Ley 41/2003”. De los resultados obtenidos se ha dado prioridad a los autores más citados sobre los menos citados y a los más recientes sobre aquellos con

mayor antigüedad. En la búsqueda de legislación se ha aplicado la misma prioridad. En el ámbito jurisprudencial, las sentencias de los Tribunales superiores han prevalecido sobre los inferiores.

2. MARCO TEÓRICO

2.1. La discapacidad

2.1.1. Terminología y ámbito subjetivo de la ley 41/2003

En el estudio del amparo de los discapacitados de nuestro ordenamiento jurídico, el primer problema que encontramos es de carácter terminológico. Al abordar esta cuestión, el legislador utiliza dispares denominaciones. Por ello es preciso estudiarlas y delimitar las realidades que éstas identifican¹.

Los principales factores que contribuyen a esta dispersión terminológica son, por un lado, el hecho de que esta realidad se aborda desde diferentes sectores del ordenamiento jurídico con finalidades muy diferentes y, por otro lado, la diversidad de fuentes normativas que convergen, desde las estatales hasta a nivel supranacional².

En la década de los ochenta, con el objetivo de solventar esta falta de homogeneidad y establecer puntos de partida comunes, la Organización Mundial de la Salud aprobó la Clasificación Internacional de Deficiencias Discapacidades y Minusvalías o CIDDDM, donde distinguía entre *discapacidad* y *minusvalía*³. Una década más tarde, la Asamblea General de Naciones Unidas, principal órgano de las Naciones Unidas, en su resolución 48/96 de 20 de diciembre de 1993, ofrecía el concepto de discapacidad y minusvalía basándose en la CIDDDM de la OMS de 1980. La clasificación contenida fue tachada de “causalista” y de “no estar formulada en positivo”⁴.

En consecuencia, la OMS formuló una nueva clasificación, la *Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud*, con siglas CIF o CIDDDM-2. Esta definición entiende por *discapacidad* la cualidad de una persona que tiene disfunciones en su cuerpo, limitaciones en sus aptitudes para realizar las actividades cotidianas y restricciones en la participación social. En esta conceptualización se incluyen tres

¹ PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: las soluciones del derecho civil*, Dykinson, 2006, p. 27-40

² *Op. Cit.*, C., PEREÑA VICENTE, M., p. 27-40

³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías. Manual de clasificación de la enfermedad*, Edición Cast. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1987, p. 129-138

⁴ *Op. Cit.*, C., PEREÑA VICENTE, M., p. 27-40

términos diferentes: *el déficit en el funcionamiento*, entendido como la pérdida o anomalía de una parte del cuerpo o de una función fisiológica o mental; *la limitación en la actividad*, como la dificultad del individuo en la ejecución de diferentes actividades; y, por último, *la restricción de participación*, entendido como la dificultad de una persona a involucrarse en las situaciones vitales del contexto donde vive⁵.

Esta terminología es recogida por nuestro ordenamiento jurídico que ofrecen definiciones cercanas o idénticas⁶.

La doctrina es unánime al indicar que no todas las personas que tiene una discapacidad son discapacitados, sólo aquellos que sufran un determinado grado de discapacidad. Así, se ha distinguido tres niveles: *la discapacidad en sentido amplio*, *la discapacidad en sentido estricto* y *la incapacitación*⁷.

La *discapacidad en sentido amplio* engloba a todas las personas que sufren algún tipo de deficiencia física, psíquica o intelectual y sensorial permanente que dificulten su participación efectiva en la sociedad⁸. Estas deficiencias deberán ser menores al 33%, en caso de las psíquicas, y al 65%, en caso de las físicas, respectivamente.

La *discapacidad en sentido estricto*, se predica respecto de las personas afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33% o una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65%. Esta es la discapacidad a la que hace alusión la Ley 41/2003 y respecto de la cual se benefician de las prestaciones.

La *incapacitación*, se predica respecto de aquellos individuos declarados como tales por sentencia judicial por sufrir enfermedades que les impida gobernarse a sí mismos y pueden ser o no discapacitados (Art. 199 y 200 CC).

⁵ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad*, Grupo de Evaluación, Clasificación y Epidemiología, Ginebra, 1999, p. 1-11

⁶ *Op. Cit.*, MARTIN CALERO, C., p. 1-54

⁷ RUIZ DE HUIDOBRO, J. M. Y CORRIPIO, M.R., *Manual de Derecho Civil. Parte General*, Dykinson, 2012, p.55-70

⁸ Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

La Ley 41/2003 que se analiza en el presente trabajo desvincula la *discapacidad* y la *incapacitación*⁹. En consecuencia, se identifican tres posibles supuestos en esta Ley: primero, el de persona incapacitada judicialmente en la que concurre el grado de minusvalía fijado por la ley; segundo, supuesto de persona no incapacitada judicialmente en la que concurre el grado de minusvalía exigido por Ley; y tercero, la persona incapacitada en la que no concurre el grado de minusvalía exigido por Ley.

En los primeros dos supuestos hablamos de *discapacitado*, por lo que serán objeto de protección de la Ley 41/2003. El tercer supuesto, *incapacitación sin concurrencia del grado de minusvalía*, no entra dentro del concepto del discapacitado y no serán destinatario de la Ley 41/2003¹⁰. Esta precisión es muy importante a la hora de determinar el ámbito subjetivo de la legislación que se analiza.

En síntesis, el ámbito subjetivo de la Ley 41/2003 lo constituyen los discapacitados, entendidos como aquellos en los que concurren los grados de minusvalía establecidos por ley, estén o no incapacitados.

Si bien este es el ámbito subjetivo de la Ley 41/2003, de carácter bastante discutible, es preciso destacar que, tal y como se ha entrado a analizar, la terminología con mayor reconocimiento que unifica y mejor identifica la realidad es la de la CIF o CIDDM-2.

2.1.2. *La realidad de la discapacidad a nivel nacional, comunitario e internacional*

A finales de la década de los ochenta, el Consejo Económico y Social de la ONU estimó que en España existían 800.000 discapacitados que necesitaban tutela¹¹. El INE decidió realizar un estudio más exhaustivo del asunto que constituiría el primer estudio a nivel nacional sobre este colectivo. Los datos de dicha encuesta arrojaron que, en España, la cifra de personas con discapacidad excedía los 3,5 millones de personas, lo que suponía un 9% de la población total nacional.

El INE, en los estudios relativos a los discapacitados, utiliza los mismos criterios establecidos en la Ley 41/2003 de grado de discapacidad superior o igual al 33%. De

⁹ SERRANO GARCÍA, I., *Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre*, Revista del notariado, Madrid, 2004, p. 231-271

¹⁰ *Id.*

¹¹ *Op. Cit.*, C., PASTOR ALVAREZ, M.C., p. 1-19

acuerdo con este criterio, en 2015, la cifra personas con edades comprendidas entre los 16 y 64 años, residentes en España y con una discapacidad oficialmente reconocida fue de 1,78 millones. Eso supone el 5,9% de la población en edad laboral¹².

A *nivel europeo*, la ONU, organismo que ha impulsado la visibilización de este colectivo, estima que existen 37 millones de personas discapacitadas en Europa¹³.

Así mismo, a *nivel global*, el mencionado Organismo estima que las personas con discapacidad constituyen el 10% de la población mundial¹⁴. En concreto, son los países donde existe una mayor pobreza donde se encuentra el 20% de la población mundial con discapacidad¹⁵.

2.2.LA PROTECCION JURIDICA OTORGADA A LOS DISCAPACITADOS

La discapacidad constituye una realidad social que trasciende las fronteras de los diferentes estados. Los organismos internacionales y los poderes públicos han empezado a advertir de la magnitud de esta realidad a finales del siglo XX. Los discapacitados, por su especial situación, sufren fuertes dificultades tanto en el acceso como en el disfrute de los derechos, libertades y oportunidades que les corresponden, en comparación con el resto de la población¹⁶.

La discapacidad y la dependencia guardan una estrecha relación. En el ámbito de la salud, diversos estudios han probado que las personas que sufren algún tipo de discapacidad tienen una salud más delicada que las personas que no se ven afectadas por una discapacidad. En concreto, presentan más casos de epilepsia, obesidad, dolores bucales,

¹² INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, “El empleo de las Personas con Discapacidad”, *Notas de prensa*, 2015, p. 1-26

¹³ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, “Realización de los Objetivos de Desarrollo del Milenio para las personas con discapacidad mediante la aplicación del Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Informe del Secretario General*, tema 63 del programa provisional, no A/64/180, 2009, p. 1-18

¹⁴ *Op. Cit.* ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, p. 1-18

¹⁵ CONSEJO ECONOMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS, “Incorporación de la discapacidad en el programa de desarrollo”, *Informe del Secretario General*, tema 3 b) i) del programa provisional, no E/CN.5/2010/6, 2010, p. 1-20

¹⁶ PASTOR ALVAREZ, M.C., “Una nueva estrategia legal ante la discapacidad: la protección patrimonial de las personas discapacitadas”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, no 20, 2004, p. 1-19

alta presencia de dolores sensoriales, de movilidad y psicosis y, asimismo, se detectó un mayor número de ingresos en centros hospitalarios¹⁷.

En el ámbito laboral, dependiendo de la discapacidad y del grado de ésta, quienes la padecen pueden desempeñar un empleo y, en consecuencia, acceder al mercado laboral. En este ámbito laboral, existen diferentes medidas de *discriminación positiva* o *acción positiva*¹⁸. Sin embargo, por ahora, los datos del INE reflejan que sólo un 34% de las personas con discapacidad oficialmente reconocida eran activos¹⁹.

Todo ello refleja la íntima relación existente entre la discapacidad y la dependencia en la que se encuentra este colectivo, que se traduce en un significativo volumen de obstáculos para disfrutar de los derechos y libertades más básicos.

2.2.1. El fenómeno de la discapacidad a nivel internacional y comunitario

La ONU ha sido el primer impulsor de la protección jurídica de este colectivo con la Declaración de Derechos del Deficiente Mental, de 10 diciembre 1971, y con la Declaración de Derechos del Minusválido, de 9 diciembre 1975. Desde entonces ha continuado con su labor y destaca la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Nueva York, 13 de diciembre de 2006.

La UE, a través de diferentes líneas de actuación, ha trabajado en el desarrollo de documentos pragmáticos sobre la protección de los derechos de los discapacitados con el ánimo de favorecer su integración social y laboral. La UE decreto el 2003 como el año europeo de las Personas con Discapacidad. Ese mismo año el Consejo de la UE emitió diferentes normativas. De los textos europeos sobre la materia, aunque no todos de carácter normativo, destacan los ilustrados en la siguiente figura.

Es preciso destacar el papel primordial de la UE que tiene, entre sus principales objetivos, el establecimiento de una política común en materia de discapacitados en todos los Estados miembros.

¹⁷ NATIONAL INSTITUTE OF HEALTH, *La salud en personas con discapacidad intelectual en España: estudio europeo POMONA-II*, Revista de Neurología, vol. 53, No. 7, 2011, p. 406-414

¹⁸ Artículo 1, Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades.

¹⁹ *Op. Cit.*, INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, p. 1-26

Nivel internacional

- Declaración de Derechos del Deficiente Mental, de 10 diciembre 1971
- Declaración de Derechos del Minusválido, de 9 diciembre 1975
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Nueva York, 13 de diciembre de 2000

Nivel comunitario

- Resolución del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, 20 de diciembre de 1996, sobre la Igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad
- Resolución del Consejo, de 17 junio de 1999, relativa a la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalía
- Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, 12 de mayo de 2000, Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad
- Decisión del Consejo, de 27 noviembre de 2000, por la que se establece un programa de actuación comunitario para luchar contra la discriminación
- Directiva del Consejo de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación
- Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, hacia un instrumento jurídicamente vinculante de las Naciones Unidas para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad

Ilustración 1 Protección jurídica del discapacitado

2.2.2. El fenómeno de la discapacidad a nivel estatal

En el ámbito estatal es preciso comenzar con los preceptos constitucionales relacionados con la protección de la salud.

En primer lugar, el artículo 15, recoge el *derecho a la vida y a la integridad física*, constituyendo uno de los derechos fundamentales de la sección primera, capítulo segundo título primero. En segundo lugar, el artículo 43, consagra el *derecho a la protección de la salud* consagrando un sistema sanitario público. En tercer lugar, el artículo 49, presta especial atención a la *salud de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos*. En concreto, establece que los poderes públicos realizaran una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de estos disminuidos a los que ampararan en el disfrute de los derechos otorgados a todos los ciudadanos.

En la legislación estatal, la norma de referencia de los últimos años ha sido la Ley de Integración Social del Minusválido, de 30 de abril 1982. Sin embargo, el desarrollo de la normativa española e internacional han dejado desfasada a esta norma²⁰.

²⁰ *Op. Cit.*, C., PEREÑA VICENTE, M., p. 27-40

Gracias a la política impulsada por la UE, el ordenamiento español ha inscrito nuevas normas que otorgan una mayor cobertura a los derechos de esos discapacitados. Sin embargo, de entre todas esas normas, la que más avance ha supuesto en materia de discapacitados ha sido la Ley 41/2003 que se estudia en el presente trabajo de investigación.

Legislación estatal

- ART. 15 CE: derecho a la vida y a la integridad física
- ART. 43 CE: de derecho de protección de la salud mediante un sistema de seguridad social
- ART. 49 CE: especial atención a los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos
- Ley de Integración Social del minusválido, de 30 abril 1982
- RD 23 de diciembre de 1999, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, modificado por el RD de 20 febrero de 2004
- Ley de 2 diciembre de 2003 de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad
- 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

Ilustración 2 Protección jurídica del discapacitado

3. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 41/2003 EN MATERIA DE DERECHO DE SUCESIONES

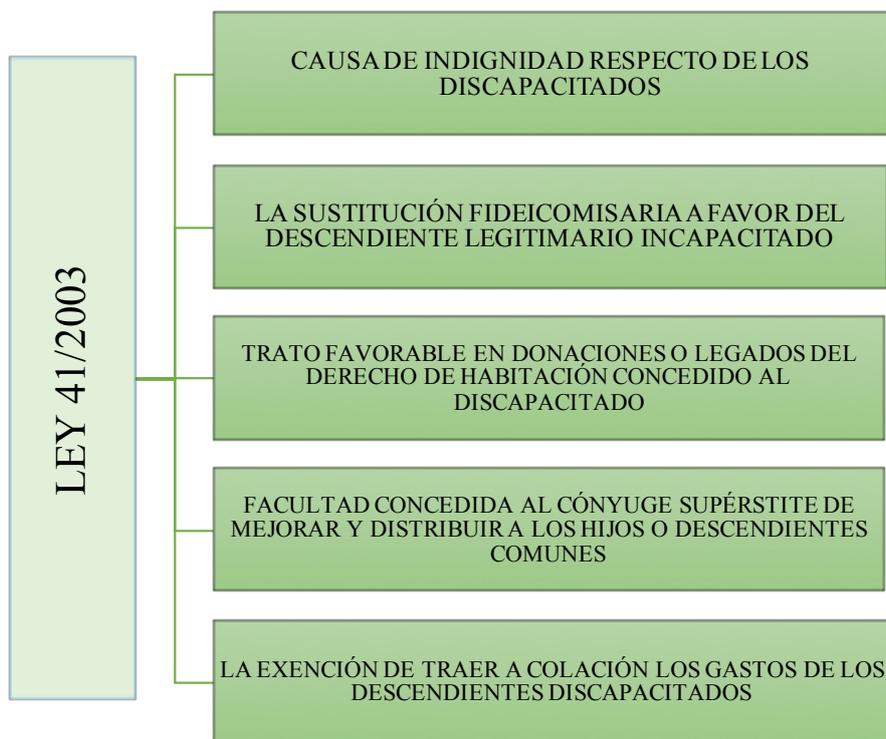


Ilustración 3 Modificaciones introducidas por la Ley 41/2003 en Derecho de Sucesiones

4. CAUSA DE INDIGNIDAD RESPECTO DE LOS DISCAPACITADOS

En la séptima Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, se configura como causa de indignidad generadora de incapacidad para suceder abintestato, el no haber prestado al causante las atenciones recibidas durante su vida. En relación a estas atenciones se entienden por tales los alimentos regulados en el título VI del CC y ello, independientemente de que el causahabiente fuera o no una de las personas obligadas a prestarlos.

Antes de entrar a analizar la presente modificación, es conveniente revisar lo que constituye y supone una causa de indignidad para suceder.

4.1. Concepto y naturaleza de la causa de indignidad

No es posible analizar la naturaleza y concepto de las causas de indignidad para suceder sin antes entender la capacidad sucesoria.

La capacidad sucesoria es la capacidad para suceder mortis causa a una persona, ya sea con testamento o abintestato. Son varios los preceptos que entran en juego en la sucesión mortis causa y determinan los dos requisitos para suceder a una persona (Art. 744, 745 y 746 CC)

El primer requisito para suceder mortis causa a otra persona, consiste en sobrevivir al causante de la herencia deferida. Es el requisito de la personalidad. Este requisito, ser sujeto del *ius delationis*, no se encuentra directamente expresado en nuestro Código Civil, pero sí se encuentra implícito en diferentes preceptos (Art. 33, 758 y 766 CC).

El segundo requisito para suceder, consiste en no encontrarse incapacitado por la ley (Art. 744 CC).

El Código Civil regula la indignidad para suceder tras contemplar la normativa sobre las incapacidades relativas para suceder. La indignidad se conceptualiza como “una sanción legal por la realización de conductas reprobables tipificadas por la ley, cuya eficacia se deja a voluntad del testador o de los interesados en la herencia”²¹.

Las causas de indignidad se agrupan en tres grupos: supuestos de incapacidad relativa; supuestos de incapacidad para suceder; y supuestos de privación de derechos sucesorios.

En relación al primer grupo, *supuestos de incapacidad relativa*, encontramos una serie de personas físicas que, en determinadas circunstancias especiales y concretas, se les priva de heredar de algunos causantes. Estas personas, que con carácter general tienen capacidad para suceder a cualquier causante, debido a especiales motivos de seguridad jurídica, se ven privados por ley de heredar de determinados causantes. Sin entrar en mayor detalle, este grupo está formado por los sacerdotes, los tutores o curadores y los notarios y testigos (Art. 752, 753, 754 y 682 CC)

En cuanto al segundo grupo, lo conforma los *supuestos de indignidad para suceder*, que se expondrá más adelante.

En lo relativo al tercer grupo, *supuestos de privación de derechos sucesorios*, está constituido por un conjunto de supuestos en los que determinados sujetos que han sido privados de ciertos derechos, tienen prohibido por ley cualquier derecho sucesorio (Art.

²¹ DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 448

756 CC).

La doctrina ha considerado oportuno delimitar *alcance y significado* de la indignidad²².

En primer lugar, urge aclarar que la indignidad afecta a cualquier tipo de sucesión, esto es, tanto a la testada como a la intestada (Art. 914 CC). En concreto, en la sucesión testada inhabilita tanto al llamado a título universal o heredero como a título de legatario.

En segundo lugar, la indignidad afecta a cualquier heredero.

En tercer lugar, la incapacidad sucesoria tiene un carácter relativo. La incapacidad se predica respecto de un causante determinado y no constituye una cualidad personal y general del mencionado indigno. Así, quien sea indigno respecto de una sola persona podrá heredar de cualesquiera otras personas (Art. 756 CC).

En cuarto lugar, la causa de indignidad no puede ser conocida por el causante, opera *ipso iure*.

Por último, en quinto lugar, se aborda la controvertida cuestión sobre la naturaleza y relación entre indignidad e incapacidad. La cuestión gira en torno a si la indignidad para suceder es una clase o subespecie de la incapacidad para suceder o si, por el contrario, son conceptos diferentes e independientes

Históricamente, tanto en el derecho romano como en el derecho común, se ha distinguido entre indignidad e incapacidad. Así mientras que el indigno es heredero y, en consecuencia, adquiere la herencia, aunque luego se vea privado de ella; el incapaz no puede ser heredero en ningún momento por carecer de esa capacidad sucesoria, *potest capere sed non potest retinere*.

En la actualidad la doctrina niega de forma uniforme esta diferencia, sin embargo, se discrepa en cuanto a sus efectos. Existen dos corrientes doctrinales principales. Como se acaba de exponer, ambas niegan la existencia de esa diferencia histórica, equiparando incapacidad e indignidad, pero difieren en los efectos que se derivan de esas figuras. Por un lado, autores como ROYO MARTÍNEZ, ALBADALEJO y LASARTE, consideran

²² LASARTE, C., “La capacidad sucesoria”, *Derecho de Sucesiones Principios de Derecho Civil VII*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 37-38

que, atendiendo a como está estructurado el código civil, tanto la indignidad como la incapacidad privan, de igual modo, todo acceso a la condición de heredero²³. La otra corriente, entre las cuales se encuentra LA CRUZ afirma que, en ambos supuestos, se adquiere el derecho a la herencia, si bien sujeto a una posible resolución²⁴.

Dado que ambas doctrinas tienen sus razones de peso, es acertado exponer las notas comunes y notas diferenciadoras entre las causas de incapacidad relativa y las que conllevan una indignidad para suceder.

Existen dos *notas comunes* entre causas de incapacidad relativa y causas de indignidad para suceder. La primera de ellas la conforma el carácter relativo de la causa. Como se ha mencionado en el párrafo anterior, la prohibición de suceder de la persona se establece respecto de un causante concreto o determinado. En lo que respecta a la segunda nota, en ambos supuestos se puede interponer una acción judicial para que sea declarada la incapacidad existente con un plazo de caducidad de cinco años (Art. 762 CC).

Igualmente, son dos las *notas diferenciadoras*. La primera diferencia consiste en que, si bien las incapacidades relativas solo pueden darse en supuestos de sucesión intestada, las causas de indignidad pueden aplicarse tanto a la sucesión intestada como a la testada. En segundo lugar, las causas de incapacidad no pueden ser perdonadas por el testador mientras que las de indignidad sí. Específicamente, el CC señala que las causas de indignidad dejarán de surtir efectos si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento, supuesto de remisión de la indignidad tácita, o si, habiéndolas conocido después, las remitió en documento público, supuesto de remisión de la indignidad expresa (Art. 757 CC).

En lugar de optar por una u otra corriente doctrinal, se abordarán ambas figuras atendiendo a sus notas comunes y a las notas diferenciadoras puesto de este modo el enfoque, además de ser más minucioso, es más ecuánime.

²³ LA CRUZ, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., “Indignidad e Incapacidad”, *Elementos de Derecho Civil V Sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2009, p.63

Op. Cit. LASARTE, C., p. 37-38

²⁴ *Op. Cit.*, C., LA CRUZ, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., p. 63-65

Los efectos que se atribuyen a la indignidad para suceder, dependen del carácter o naturaleza que se predique respecto de la indignidad para suceder y la incapacidad relativa, es decir, de los efectos que se atribuyan a la incapacidad para suceder.

En línea con las dos corrientes recién analizadas, se distinguen dos efectos derivados de la indignidad para suceder.

La corriente doctrinal que sostiene que el efecto que produce la indignidad es el de, haciendo inepto para suceder al indigno, excluir la delación en su favor²⁵. Esto significa que el indigno no resultaría llamado a la sucesión del causante. Otra situación es que el hecho que da pie a la indignidad tuviese lugar después de haber recibido el llamamiento a la herencia. En ese caso, al incurrir en causa de indignidad, se eliminaría retroactivamente la delación que se habría producido a favor del indigno.

Por otro lado, parte de la doctrina defiende que la declaración de incapacidad o indignidad destruye el llamamiento con efecto retroactivo al día de la apertura de la sucesión²⁶. De ese modo, el legado o herencia recaería en quienes debieran haberlo recibido si el incapaz o indigno no hubiera vivido entonces.

Finalmente, ALBADALEJO negó el mayor alcance práctico de asumir una u otra posición doctrinal y armonizó ambas corrientes. Para ello sostuvo que si fuese verdad que el indigno recibió delación, cuando se impugne por indignidad su sucesión, aquella se entenderá borrada retroactivamente. Por otro lado, aunque sea verdad que no recibió delación, pasado el tiempo durante el que puede ser atacada la sucesión del indigno, este no puede ser removido de ella y conservará los bienes²⁷.

La primera opinión, exclusión del indigno en el llamamiento, parece más lógica puesto que no carece de sentido hacer un llamamiento a favor de quien no debe suceder.

4.2. Cambios introducidos por la ley 41/2003

Tal y como se ha expuesto, la Ley 41/2003 introduce por primera vez como causa de indignidad, el no haber prestado al causante incapacitado, las atenciones debidas durante

²⁵ ALBADALEJO, M., “Ser persona digna respecto del causante, etc.”, *Curso de Derecho Civil V Derecho de Sucesiones*, Edisofer, 2008, p. 83

²⁶ *Op. Cit.*, C., LA CRUZ, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., p. 63-65

²⁷ *Op. Cit.*, C., ALBADALEJO, M. p. 83-87

su vida, entendiendo por tales atenciones los alimentos regulados en el título VI del libro I del Código Civil²⁸.

Dicho título, específicamente el artículo 142 CC, matiza lo que se ha de entender dentro de la categoría de alimentos. En concreto, en dicha categoría ha de englobarse todo lo dispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción del alimentista e incluso los gastos de embarazo y parto cuando no estén cubiertos de otro modo. Así mismo, el artículo 146 CC precisa que la cuantía de esos alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los concede y a las necesidades de aquel que los percibe.

Con anterioridad a la reforma del 2003, el no haber prestado al causante las atenciones recibidas a lo largo de su vida, entendidas por tales los alimentos, no se contemplaba como causa de indignidad, pero sí se contemplaba como causa de desheredación para ascendientes, descendientes y cónyuges. De esta manera, con anterioridad al 2003 no existía en nuestro ordenamiento jurídico una previsión especial para el incapacitado.

Pero la causa de indignidad contemplada en la nueva redacción difiere mucho de la causa de desheredación que antes de la reforma se contemplaba. En la causa de desheredación se contemplaba como causa “la negativa de alimentos” siempre y cuando no concurriese algún “motivo legítimo”. Es decir, si concurría un motivo que justificase esa negativa, no se podía considerar causa de desheredación. Pero en la actual redacción de la causa de indignidad no se incluye que concurra la inexistencia de motivo legítimo. Este aspecto, así como las consecuencias prácticas que se derivan, se analizarán en el próximo epígrafe destinada a analizar la valoración de la doctrina.

De esta manera se observa que el ordenamiento jurídico ha pasado de considerar como causa de desheredación a causa de indignidad para suceder un mismo supuesto jurídico para el caso particular de los incapacitados. Para entender el cambio que esto supone, es necesario llevar a cabo una comparativa entre los efectos de la desheredación y los efectos de la indignidad para suceder.

²⁸ Ley 41/2003 Art. 756.7º.: “tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil.”

La desheredación supone para el legitimario la pérdida, en exclusiva, del derecho a recibir su cuota legitimaria. Sin embargo, no la perderán sus hijos y descendientes (Art. 857 CC).

La indignidad para suceder tiene como efecto la exclusión del indigno en el llamamiento a la herencia, de acuerdo con la corriente doctrinal escogida²⁹.

La diferencia es considerable. Mientras que el legitimario en la desheredación se ve excluido de la cuota legitimaria, pero nada se establece sobre la mejora y el tercio de libre disposición, en la indignidad directamente se le excluye del llamamiento a la herencia total, lo cual incluye no sólo la cuota legitimaria sino también el tercio de libre disposición.

Existen además otras diferencias entre desheredación e indignidad. Una de esas diferencias lo constituye las causas que, si bien se parecen, no son exactamente iguales. En segundo lugar, las causas de indignidad afectan a cualquier heredero mientras que las de desheredación solo a los legitimarios. En tercer lugar, el ámbito de aplicación de las causas de indignidad lo constituye tanto la sucesión testada como para la sucesión intestada, mientras que la desheredación solo se aplica en la testada. Por último, la causa de indignidad puede no ser conocida por el causante, opera *ipso iure*. Por el contrario, la de desheredación ha de ser declarada expresamente por el testador.

4.3. Valoración de la doctrina

La doctrina, a pesar de compartir el fundamento de la modificación, plantea la duda sobre si la negativa de alimentos debería constituir causa de indignidad, en cualquier caso, con independencia de las condiciones psico-físicas del alimentista como sí se establecen en los preceptos del Código Civil que regulan las causas de desheredación³⁰.

En los mencionados preceptos se contemplan las diferentes causas para desheredar a los hijos o descendientes, a los padres y ascendientes y al cónyuge³¹. En estos tres preceptos se contempla haber negado los alimentos como causa justa para desheredar. Sin embargo, en todas ellas se estipula que no haya existido motivo legítimo. Es decir, es requisito necesario para considerar causa de desheredación el que la negativa a dar dichos

²⁹ *Op. Cit.*, C., LASARTE, C. p. 37

³⁰ *Op. Cit.*, C., LASARTE, C. p. 37

³¹ Artículos 853, 854 y 855 CC

alimentos no estuviese fundada en un motivo legítimo. En la reforma no se contemplan esta coletilla o requisito y queda la duda de si se ha de tener en cuenta la situación particular del alimentista, es decir, las condiciones psico-físicas y la existencia de motivos legítimos que justifiquen dicha negativa.

A pesar de que la causa de indignidad se completa atendiendo a los preceptos que regulan los alimentos, donde ese establece que la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe no soluciona la problemática presente.

En el caso de los discapacitados, las necesidades de “quien los percibe”, son considerablemente mayores respecto de un sujeto sin esa discapacidad³². Es por ello por lo que la existencia de un “motivo legítimo” es aún más necesaria.

Entonces ¿por qué el legislador no lo ha introducido? Esto puede generar problemas a todos aquellos parientes que no cuentan con los medios económicos necesarios para atender esas necesidades. Cabría plantearse si cabe una aplicación analógica de los demás preceptos para introducir el motivo legítimo. También se plantea la duda de cuál fue la intención del legislador del 2003 a la hora de excluir dicho motivo legítimo.

En resumen, la **doctrina ha compartido el objetivo y fundamento de la medida** que constituye como causa de indignidad no haber prestado al discapacitado las atenciones debidas. Sin embargo, **critica que el legislador haya dejado cabos sueltos en la configuración de esta medida** relativos a la existencia de un motivo legítimo que justifique dicha falta.

4.4. Valoración de la jurisprudencia

La causa de indignidad para suceder a personas con discapacidad introducida por la Ley 41/2003, específicamente el no prestar las atenciones debidas, ha sido acogida de forma unánime por la jurisprudencia. Sin embargo, la doctrina ha señalado repetida y encarecidamente que no se puede interpretar de forma extensiva.

³² JIMENEZ RODRÍGUEZ, J.M., FAROUK ALLAM, M., “Gastos sanitarios y sociales asociados a la situación de gran dependencia”, *Medicina General y de Familia*, vol. 4, no 3, 2015, p.1-5

La interpretación de la causa de indignidad en la sucesión de personas con discapacidad ha seguido la línea jurisprudencial, tradicional y constante en nuestro sistema jurídico, respecto de las causas de desheredación³³.

La doctrina jurisprudencial es unánime en cuanto a la interpretación restrictiva de las causas de desheredación. Ésta rechaza una interpretación extensiva de estas causas en base a tres motivos.

En primer lugar, porque así lo proclama el texto legal. Nuestro régimen sucesorio se rige por el sistema de legítimas. Por ello, aunque el testador tiene la facultad al otorgar testamento de privar de sus derechos legitimarios a los herederos forzosos, sólo podrá hacerlo en los supuestos previstos y contemplados en la Ley (Art. 848 y 849 CC).

En segundo lugar, por el *carácter sancionador* de la desheredación³⁴. Estas causas deben ser interpretadas restrictivamente por que no se puede extender su aplicación a causas no contempladas en la ley, tal y como describe el Tribunal Supremo³⁵ y reiterada jurisprudencia de la Audiencia Provincial³⁶.

En tercer y último lugar, por la *abundante y reiterada jurisprudencia orientada en la defensa de la sucesión legitimaria* que predica la protección de aquellos bienes del testador, de los cuales no puede disponer, por haberla reservado la Ley a determinados herederos, llamados herederos forzosos.

Como resultado, la doctrina jurisprudencial rechaza, de forma unánime, cualquier interpretación extensiva de las causas de desheredación no admitiendo ni la analogía, ni la interpretación extensiva, ni siquiera la argumentación de *minoris ad maiorem*³⁷.

Esta línea jurisprudencial se ilustra en la SAP de Albacete en la que se pretendía la consideración de indignas para suceder a y unas nietas que no prestaron las atenciones debidas a sus abuelos discapacitados³⁸.

³³ MARTÍNEZ GALLEGO, E.M., “La desheredación”, *Actualidad Civil*, no 13,2006, p. 1615-1629

³⁴ *Op. Cit.* MARTÍNEZ GALLEGO, E.M., p. 1615-1629

³⁵ sts en sentencia 4 noviembre 1997

³⁶ SAP Valencia 14 de octubre de 2004

³⁷ *Op. Cit.* MARTÍNEZ GALLEGO, E.M., p. 1615-1629

³⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 1 febrero 23/2017, LA LEY DIGITAL, martes 10 abril

El tribunal consideró reprochable la conducta de las mencionadas nietas por la cual sometieron a sus abuelos a un cruel abandono emocional y psíquico. Este abandono les situaba, según el tribunal, con innegable claridad en causa de indignidad para suceder por causa de indignidad al tratarse de una pareja con discapacidad.

Sin embargo, precisó que por más que se haga una interpretación extensiva del término abandono emocional, esta no puede considerarse como una negativa de alimentos, que es la causa de indignidad para suceder que contempla el invocado 756.7ªCC. El tribunal indicó que la exposición de motivos de la Ley 41/2003, que si bien no es norma ayuda en la tarea interpretativa, no permite avanzar en una interpretación extensiva de esa causa de indignidad. Asimismo, añadió que las causas de indignidad dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento, como ocurría en el caso concreto.

En síntesis, la doctrina jurisprudencial **ha continuado con su tradicional postura, rechazando interpretar de forma extensiva la causa de indignidad en el caso de causantes discapacitados**, que, si bien por naturaleza no es exactamente igual a la causa desheredación, tienen un carácter y efectos restrictivos similares en relación con la legítima.

5. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA A FAVOR DEL DESCENDIENTE LEGITIMARIO INCAPACITADO

En la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003 se produce un hecho insólito en el Derecho Común en materia de sucesiones. Por primera vez en la historia de nuestro ordenamiento, se faculta al testador a gravar la legítima estricta de los herederos. De este modo, se permite que el testador grave con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta, pero sólo cuando ello beneficiare a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado (Art. 782, 808 y 813 CC). En este asunto, a diferencia de lo que se establece para el resto de modificaciones introducidas, la Ley 41/2003 hace especial hincapié en la condición de incapaz del descendiente discapacitado, exigiendo, tal y como se ilustra en el precepto, la incapacitación judicial del beneficiado y no la mera minusvalía en el grado establecido por la ley.

Es importante precisar que esta es la modificación más controvertida y sustancial que introduce la Ley 41/2003.

Por supuesto, antes de entrar a analizar esta modificación, es necesario analizar la protección que ha envuelto históricamente a la legítima, así como la figura de la sustitución fideicomisaria.

5.1. El sistema de legítimas en nuestro ordenamiento jurídico

Conforme al régimen original de legítimas del Código Civil, un tercio de la herencia del causante ha de dividirse en partes iguales entre sus hijos. Este tercio de la herencia recibe el nombre de *legítima corta o escrita*. Esta parte de la herencia queda fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad del causante y no podrán acceder a ella otros legitimarios que no sean descendientes³⁹. Este tercio además no podrá sufrir ningún tipo de gravamen tal y como se explicará en profundidad el próximo epígrafe.

Otro tercio completo de la herencia, que recibe la denominación de mejora, también deberá destinarse a hijos o descendientes. Sin embargo, presenta dos características que lo diferencian considerablemente del tercio de legítima estricta. En primer lugar, la

³⁹ DÍAZ ALABART, S., “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, no 3, 2006, p. 1-53

mejora no tiene porqué repartirse por partes iguales entre los hijos (Art. 823 CC). En segundo lugar, podrá estar gravado con la legítima del cónyuge viudo, esto es, el usufructo de un tercio de la herencia (art. 834 CC).

Finalmente, el tercio restante es el tercio de libre disposición. El testador podrá destinar esta parte de la herencia como desee, sin estar sujeto a ninguna regla.

En contraposición es interesante exponer que los Derechos Forales permiten una mayor libertad de disposición al testador. Con carácter general, el importe de las legítimas es menor al del derecho común e incluso pueden ser inexistentes como es el caso de Navarra⁴⁰.

La protección de la legítima y de los legitimarios en el nuestro ordenamiento jurídico está compuesta por diferentes medidas de protección.

En primer lugar, es conveniente destacar la *intangibilidad cuantitativa* de la que disfruta la legítima (Art. 813 CC). El ordenamiento jurídico español, con carácter general, garantiza a los legitimarios una determinada cantidad con cargo a la herencia. Dentro de este marco, el legitimario tiene derecho a recibir dicha legítima en su integridad. Para los supuestos en los que dicha integridad se vea minorada, el ordenamiento jurídico contempla ciertas acciones. Esas acciones son la acción de suplemento o complemento de la legítima y las acciones de reducción de legados y donaciones. Mediante las mencionadas acciones de suplemento o reducción se articula la protección o cobertura del ordenamiento. Estas acciones son manifestaciones concretas de la protección que el ordenamiento otorga a la custodia de la legítima.

Asimismo, la legítima se beneficia de la *intangibilidad cualitativa* (Art. 813 CC). Esta protección cualitativa tiene como fin último que la herencia se reciba exenta de cualquier tipo de carga o gravamen. De no ser así, dichos gravámenes o cargas mermarían el valor económico de la cuota recibida y la legítima quedaría menoscabada y sin la protección anhelada.

Otra de las medidas de protección de la legítima previstas, los constituye la *protección registral del derecho de los legitimarios* (Art. 34 y 37 LH). Esto significa que, en la

⁴⁰ Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la compilación del derecho civil foral de Navarra. BOE N.º 57 7 marzo 1973.

inscripción en el Registro de los bienes de la herencia, se podrá hacer constar los derechos de los legitimarios.

Por último, encontramos la *preterición*. Esta institución protege a los legitimarios cuando no han sido mencionados en el testamento ni han recibido bienes o derechos por el causante, bien mediante actos *inter vivos* bien *mortis causa* (Art. 814 CC).

Todas estas diferentes medidas de protección de la legítima ilustran el grado de protección que nuestro ordenamiento jurídico otorga a este sistema.

5.2. Orígenes de la sustitución fideicomisaria

Los ordenamientos europeos se han nutrido, y por ello, visto influenciados por la cultura jurídica romana. En materia de sucesiones, el viejo fideicomiso romano junto con la idea de la sucesión vinculada, propia de la Edad Media, consagró lo que hoy conocemos por mayorazgos. En consecuencia, en el marco europeo, llegó un punto en el que la mayor parte de la riqueza territorial, único bien productivo de la época, se encontraba en manos de las coronas, los municipios, títulos de la nobleza, así como de las diversas órdenes, congregaciones e instituciones de la Iglesia Católica⁴¹. Las tierras en manos de la Iglesia recibieron el nombre de “manos muertas” debido a que las notas características del sistema de apropiación de bienes insaturado eran la improductividad y el estancamiento económico.

La revolución francesa, rompió con aquel ideario y en la renovación normativa de la codificación, se erradicó dicho esquema de sucesión o sustitución fideicomisaria. Esta supresión tuvo lugar en el código francés y después en todos los códigos que seguían su modelo, como en el caso del Código Civil Italiano. España se sumó a esta tendencia con el Proyecto Isabelino o Proyecto 1851. Dicho proyecto consagró y respetó de forma unánime el Principio de la libertad del inmueble proclamado por los legisladores de 1820 y 1836⁴².

Finalmente, en el Código Civil español publicado a finales del siglo XIX, la sustitución fideicomisaria renació restringida a estrechos márgenes temporales. Este

⁴¹ LASARTE, C., “La sustitución fideicomisaria”, *Derecho de Sucesiones Principios de Derecho Civil VII*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 116

⁴² *Op. Cit.* LASARTE, C., p. 117

desentendimiento con el código francés y especialmente con los trabajos preparatorios del Proyecto 1851, aparentemente repentino, obedece a 3 motivos.

El primer motivo tiene un carácter práctico de armonización legislativa. Mantener el esquema fideicomisario, extirpándole de la nota de perpetuidad de las transmisiones *mortis causa* conforme a los eventuales deseos del causante, constituyó una fórmula transaccional del momento codificador que tuvo como objetivo lograr la unión legislativa de todo el territorio español.

El segundo motivo de este cambio de rumbo lo constituye el que, en el momento de la codificación, el problema de las vinculaciones y mayorazgos ya había sido resuelto por la actividad legislativa del siglo XIX en España. Así, el escenario que España afrontó en el momento de la codificación, fue muy diferente al de sus vecinos Francia e Italia que tuvieron que abordar el problema de forma íntegra en la codificación. Las cortes de Cádiz abolieron los mayorazgos mediante la ley de 11 de octubre de 1820. Las Leyes de Mendizábal y Espartero, entre 1836 y 1841, junto con la Ley de 1 de mayo de 1855 convirtieron los bienes de manos muertas en bienes Nacionales.

Ante esta situación la comisión redactora, resolviendo los problemas de la vinculación de la propiedad, decidió recrear la estructura de la sustitución fideicomisaria que atendiera a determinados intereses y permitiese consagrar la voluntad del testador. Además, se exigió a la mencionada sustitución el respeto a la legítima estricta, en el primer inciso del artículo 782 del código Civil de 1889⁴³.

A pesar de que ahora rige el principio de Principio de la libertad del inmueble las críticas contra los fideicomisos han persistido. Esas críticas se han fundado en que constituyeron la base del sistema de clases nobiliarias, en que son fuente de desigualdades entre los herederos a suceder y básicamente porque, por su complejidad, han sido fuente de toda clase de litigios.

Si bien nuestro el legislador ha dotado a esta institución de un carácter temporal para romper con las vinculaciones y mayorazgos, cabe preguntarse por qué no ha optado por prohibir la propia institución. En conversaciones con el profesor SERRANO, se ha destacado las diferentes posibilidades que la sustitución fideicomisaria permite al testador conseguir diferentes objetivos de manera efectiva y de ahí la negativa del legislador de deshacerse de esta institución.

⁴³ *Op. Cit.* LASARTE, C., p. 117

En primer lugar, la sustitución fideicomisaria hace efectiva la vinculación del patrimonio a la familia durante un periodo de tiempo que no puede superar los límites establecidos (Art. 781 cc).

En segundo lugar, se trata de un medio eficaz de prevención de dilapidaciones del patrimonio por parte de un sucesor que no sea un buen gestor.

En tercer y último lugar, a través de esta sustitución, *si sine liberis decesserit*, esto es, si fallece sin hijos, el testador puede evitar el riesgo de que, a causa del fallecimiento del hijo sin descendencia, el patrimonio familiar vaya a parar a extraños.

5.3. Concepto y naturaleza de la sustitución fideicomisaria

El Código Civil, en su artículo 782, ilustra la sustitución fideicomisaria como aquella sustitución

[...] 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.

La doctrina ha denunciado hasta la saciedad la extremada pobre aproximación que hace el legislador respecto de la sustitución fideicomisaria. En síntesis, las críticas se han centrado en tres puntos clave del precepto.

El primer punto lo constituye el “tercero” que debe conservar y transmitir. La doctrina denuncia que el enunciado no se molesta en indicar que ese “tercero” es también heredero, en concreto, el heredero fideicomisario⁴⁴. Además, en relación al heredero fideicomisario, el precepto sugiere que la eficacia y suerte de la sustitución, esto es, de que los bienes pasen de un heredero al otro sucesivo, dependerá del encargo que hace el testador al primero. La doctrina, de forma unánime, niega que esto sea así y defiende que ambos son herederos del testador, anquen lo sean de forma sucesiva. Así, el primero de ellos está obligado a conservar los bienes hereditarios a favor del segundo.

⁴⁴ *Op. Cit.* LASARTE, C., p. 117

El segundo punto se refiere al “encargo”. La crítica doctrinal a este punto se fundamenta en que resulta inadecuado utilizar el término encargo a lo que constituye un gravamen impuesto al fiduciario de modo absoluto⁴⁵.

El tercer punto de la discordia, que ha originado una crítica doctrinal tajante, lo constituye incorrecta expresión de “transmitir”. El fiduciario no transmite los bienes y derechos al fideicomisario, sino que es la propia ley la que resuelve la titularidad y atribuye de forma automática al segundo heredero⁴⁶. En consecuencia, el primer heredero debe entregar materialmente los bienes y derechos que ya pertenecen a la otra persona.

En la sustitución fideicomisaria se requiere, como mínimo, la existencia de tres sujetos principales. El *fideicomitente*, es el individuo que instituye u ordena la sustitución al otorgar su testamento. El *fiduciario*, es el llamado en primer lugar a la herencia que queda vinculado con la obligación de conservar la herencia a favor del fideicomisario. Por su naturaleza, este sujeto ha recibido el nombre de *heredero intermedio*⁴⁷ por parte de la doctrina. En último lugar, el fideicomisario, es el destinatario final de la sustitución. De igual modo, los bienes de la herencia reciben el nombre de bienes fideicomitidos.

De lo expuesto se puede apreciar que la sustitución fideicomisaria tiene una nota característica que sobresale de entre todas sus particularidades y es el *orden sucesivo de llamamientos*⁴⁸ o *doble llamamiento*⁴⁹. Esto significa, que la herencia se defiere en primer término al fiduciario y, después, al fideicomisario.

Partiendo de esta característica base de la institución, es importante exponer las diferentes modalidades de sustitución fideicomisaria existentes en nuestro ordenamiento.

Según el modo en que se produce el llamamiento a la herencia del fideicomisario, cabe distinguir entre la sustitución ordinario o pura y la sustitución condicional. En la *ordinaria o pura* la delación hereditaria se produce en el mismo momento del fallecimiento del

⁴⁵ LA CRUZ, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., “Las sustituciones”, *Elementos de Derecho Civil V Sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2009, p.262

⁴⁶ *Op. Cit.* LA CRUZ, J.L., p. 263

⁴⁷ *Op. Cit.* LASARTE, C., p. 119

⁴⁸ *Op. Cit.* LASARTE, C., p. 119

⁴⁹ ALBADALEJO, M., “La sustitución fideicomisaria, en general.”, *Curso de Derecho Civil V Derecho de Sucesiones*, Edisofer, 2008, p. 272

fideicomitente. Por el contrario, en *la condicional* el llamamiento depende de que acaezca el hecho futuro o incierto elevado a condición.

Atendiendo a la existencia o inexistencia de las facultades de disposición sobre todo o parte de los bienes fideicomitidos, se distingue la sustitución *ordinaria* de la de *residuo*. Mientras que en la *ordinaria* el fiduciario deberá conservar la herencia para que en su día pase al fideicomisario, en la de *residuo* el testador autoriza al fiduciario a disponer de los bienes hereditarios, de forma que cuando llegue el momento en que el fideicomisario los reciba, éste solo tomara aquellos que el fiduciario no hubiere dispuesto⁵⁰.

En lo relativo a cómo debe el testador establecer la sustitución, el legislador ha querido establecer ciertos límites y exigencias.

En relación a los límites la ley distingue dos supuestos. Para el supuesto de que el fideicomitente disponga la sustitución a favor de personas que vivan al fallecimiento del fideicomitente, la ley no impone ningún límite en el número de transmisiones⁵¹. Para el supuesto que el fideicomitente pretenda instituir a personas que no se encuentran vivas en el momento del fallecimiento, rige la limitación del *segundo grado* expresamente contemplada en el artículo 781. En otras palabras, se permiten únicamente dos transmisiones más. Esta limitación atribuye un carácter temporal a esta institución. El fin último de este límite, como no podía ser de otra manera, es evitar que el fideicomitente vincule la herencia a una cadena infinita de sucesores.

En lo concerniente a las exigencias, la ley exige para su validez que la sustitución sea expresa. Es preciso entender que esto no quiere decir que sea imprescindible utilizar la expresión o término “sustitución fideicomisaria”, sino que conste en el testamento la voluntad del testador que el primer heredero conserve y transmita los bienes a un segundo⁵².

5.4. Cambios introducidos por la Ley 41/2003

Como ha quedado expuesto en los epígrafes anteriores, en la tradición de nuestro derecho, la legítima no podía someterse a ninguna clase de gravamen para que, en coherencia con los principios de inviolabilidad cualitativa y cuantitativa, los legitimarios la recibieran íntegra y libre de gravámenes. En contraposición a la legítima estricta, la mejora, en

⁵⁰ *Op. Cit.* LASARTE, C., p. 119

⁵¹ *Op. Cit.* ALBADALEJO, M., p. 277

⁵² *Op. Cit.* ALBADALEJO, M., p. 277.

cambio, sí podía ser gravada. Específicamente, el Código disponía que la mejora podía ser gravada con una sustitución fideicomisaria siempre que los beneficiarios o fideicomisarios fuesen los hijos o descendientes del disponente.

Con la promulgación de la Ley 41/2003 ha quebrado el principio de intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima. La nueva legislación permite que el testador establezca una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta en la que serán fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los restantes herederos forzosos. Esta medida concreta se ha implementado con la modificación de los artículos 782, 808 y 813 del CC.

Es preciso comentar que la nueva redacción señala que **la mejora se podrá gravar** con la misma institución siempre y cuando se haga a favor de los descendientes. Como se acaba de ver, esto **no constituye ninguna novedad** puesto que la regulación anterior al 2003 ya permitía gravar la mejora con esta sustitución en beneficio de los descendientes. Por ello, el **análisis de la modificación debe centrarse en el gravamen de la legítima estricta que sí supone una novedad.**

En resumen, la Ley 41/2003, con el objetivo de acentuar la protección a las personas discapacitadas, ha ampliado los poderes del testador. Pese a que el objetivo perseguido es impecable, cabe plantearse si la medida tomada realmente amplía la protección de los discapacitados.

5.5. Valoración de la doctrina

Si bien toda la doctrina comparte el fundamento de la Ley 41/2003 en otorgar una mayor protección a este colectivo, la forma en que el legislador ha materializado esta protección no ha sido bienvenida con carácter general.

Tras un minucioso análisis del juicio desfavorable de la doctrina, para una mayor claridad, se van a exponer dichas críticas diferenciándolas entre críticas sustanciales o estructurales y las críticas superficiales.

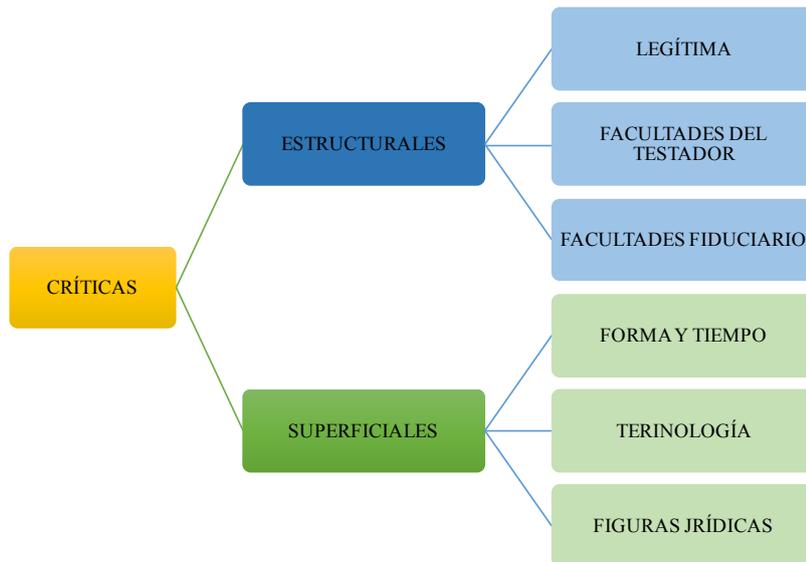


Ilustración 4 Críticas doctrinales Sustitución fideicomisaria a favor del discapitado

Las **críticas estructurales o elementales** giran en torno a la legítima, las restantes facultades del testador, a las facultades de disposición resultantes del fiduciario, así como a la multitud de patrimonios que se originan.

En relación a la *legítima* la crítica es extensa abarcando varios aspectos. A grandes pinceladas, se ha reprochado al legislador de la Ley 41/2003 la falta de calibre y previsión de las consecuencias de esta reforma.

En primer lugar, se señala que la fracción sobre la que se recae dicha posibilidad dispositiva es muy reducida. En el supuesto más simple, en el que necesariamente han de existir dos hijos, el incapacitado y otro hermano, la medida afectaría sólo a la sexta parte de la herencia. La nueva regulación contempla la posibilidad de gravar la legítima estricta pero no discute la posibilidad de destinar al incapacitado el tercio de libre disposición y la mejora⁵³.

En segundo lugar, con esta medida se rompe el sistema legitimario alterando de forma sustancial la naturaleza de la legítima. Aunque se reforma algo muy concreto, afecta a la raíz del concepto de la legítima. Altera el principio casi sacramentado de la intangibilidad. Ante esta situación la doctrina ha destacado la insensatez de reformar algo tan concreto que altera todo el sistema, en lugar de llevar a cabo una reforma integral de la figura.

En tercer lugar, una de las consecuencias derivadas de gravar de esta forma la legítima son sus efectos de privación de la herencia, en la práctica, tiene unos efectos semejantes

⁵³ *Op. Cit.* DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., p. 375

a su privación. La legítima se puede gravar con un fideicomiso que, en función de cómo se establezca, por ejemplo, hasta el fallecimiento del discapacitado, puede tener los efectos de una privación.

La privación de los coherederos de lo que por ley les corresponde no parece, a simple vista, que vaya a fortalecer las relaciones familiares y, por ende, parecer que puede perjudicar las atenciones personales y afectivas que le fueran a dedicar al incapacitado en un futuro. En esta línea, la doctrina defiende que, si bien la exposición de motivos aboga por que la protección de este colectivo se haga con cargo a sus propios medios y sin atender a prestaciones sociales, tacha de desproporcionado situar toda la carga en los coherederos. Considera que desincentivará a los familiares, respecto del incapaz, no sólo los cuidados necesarios, sino también las atenciones personales⁵⁴.

En cuarto lugar, llama la atención que se excluya de esta sustitución fideicomisaria al cónyuge o ascendiente del testador que se encuentren también incapacitados. Esta falta de previsión no tiene sentido puesto que su legítima es mucho más corta, en comparación con los descendientes, y por razón de edad sería más natural⁵⁵.

Por último, en quinto lugar, esta medida manifiesta una voluntad del legislador de desarrollar un sistema donde prime la libertad de testar. Sin embargo, como se limita al supuesto de los discapacitados no queda clara cuál es la intención del legislador. Desde el punto de vista político-jurídico constituye un cambio carente de claridad⁵⁶.

En relación a las restantes facultades del testador, existen muchas incógnitas. Una de las cuestiones más sensibles que se plantea con esta institución es si el testador sigue manteniendo las restantes facultades de disposición o por el contrario pierde la libertad de mejorar y de disponer a su arbitrio del tercio de libre disposición.

El objetivo de la L41/2003 es el de la protección del discapacitado, incluso en perjuicio de los coherederos legitimarios. Se supone que con la reforma se exige que el fideicomitente agote sus posibilidades de disposición *mortis causa* a favor del incapacitado⁵⁷. Ante esta situación de incertidumbre sobre las facultades del

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ DÍAZ ALBARAT, S. “EL discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, no 3, 2003, pag. 1-53

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ *Id.*

fideicomitente, el tenor literal de la ley guarda silencio. No queda así claro si el fideicomitente, tras gravar la legítima con la sustitución fideicomisaria, puede mejorar como desee y puede disponer del tercio de libre disposición. Ante esta incógnita la doctrina ha desarrollado unas líneas.

Unánimemente la doctrina ha descartado que el testador pueda disponer libremente de la mejora si grava la legítima estricta, pues lo que como dice DÍAZ ALBARAT “*la esencia de la reforma de la Ley 41/2003 en sede de sucesiones consiste en permitir que se favorezca al incapacitado a costa de rebajar los derechos de los otros colegitimarios, que en caso del fideicomiso que contemplamos han de ser los descendientes*”⁵⁸. Entendiendo esto, es evidente el tercio de mejora necesariamente deberá destinarse al incapacitado si se desea gravar la legítima con el fideicomiso.

Sobre el tercio de libre disposición la opinión doctrinal difiere completamente en comparación con la mejora. En primer lugar, porque para limitar por completo la libertad de testar tiene que haber una habilitación expresa de la ley. En segundo lugar, porque el tercio de libre disposición es el único mecanismo o vía que ofrece nuestro derecho común para compensar la legítima tan corta que se contempla para el cónyuge⁵⁹. En relación con este aspecto concreto, la doctrina ha criticado duramente la pasividad del legislador por la que se dejan aspectos que doctrina debe interpretar una vez más.

En relación las facultades de disposición del fiduciario, la protección otorgada a la legítima con esta sustitución presenta diversos inconvenientes

El fiduciario como heredero puede llevar a cabo actos de administración, como percibir los frutos o arrendar los bienes. Sin embargo, se plantea el interrogante de si puede disponer de esos bienes. Mientras que determinados autores admitieron la venta de bienes con autorización judicial en base al 804cc⁶⁰. Esa posibilidad fue finalmente rechazada por la mayor parte de la doctrina y por el Tribunal Supremo⁶¹. Así, se desprende la imposibilidad de disponer de los bienes en vida del fiduciario, ya que estos tienen que pasar en su integridad al fideicomisario.

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ *Op. Cit.* DÍAZ ALBARAT, S., p. 16

⁶⁰ Artículo 804 CC: “Los administradores tendrán los mismos derechos y obligaciones que los que lo son de los bienes de un ausente”.

⁶¹ STS (Sala Civil), Sentencia núm. 12/2017, de 22 junio 1965. Le ley digital

En línea con las facultades cabe destacar que, si bien el discapacitado es el fiduciario, cabe determinar quién ejercerá esas funciones de administración, que no de disposición como se acaba de exponer, en beneficio del incapacitado.

La situación es compleja porque esta ley también insta un patrimonio protegido de especial naturaleza que, si bien no se entra a analizar al no constituir una modificación propia del derecho sucesorio, es necesario tenerlo en cuenta. Por ello, se abordará de forma superficial este tema para exponer las complicaciones prácticas que se derivan.

Por un lado, encontramos el *patrimonio personal del discapacitado*. Atendiendo a lo que establezca la sentencia de incapacitación, éste lo administrará su tutor, progenitor o incluso el propio incapacitado en concurso con su curador. Por otro lado, la L41/2003 insta un *nuevo patrimonio protegido*. En síntesis, éste no podrá ser administrado por el incapacitado y quien lo administre no podrá tener encomendadas las funciones de guardia.

En consecuencia, si a estos dos patrimonios de naturaleza diferente añadimos el fideicomiso constituido, nos encontramos con tres bloques de bienes y derechos, tres inventarios parciales distintos y, necesariamente, dos administradores. Es evidente que a la hora de gestionar esta triple esfera patrimonial surgirán problemas a la hora de determinar quien deberá ser el encargado de administrarlos.

En relación con las **críticas superficiales**, encontramos tres puntos de discusión doctrinal.

En primer lugar, se critica de forma unánime que la Ley 41/2003, de ámbito específico y restringido, no es el punto de partida apropiado donde empezar semejante reforma del sistema histórico de legítimas. Se plantea el interrogante sobre por qué el legislador decidió emprender semejante reforma desde una ley así.

DÍAZ ALABART señala que el legislador quería promulgar esta ley antes de que acabara el año 2003, año designado como “año europeo del discapacitado”. Debido existía mucha incertidumbre sobre cuándo y cómo se podría llevar a cabo una reforma general del sistema de legítimas, el legislador decidió empezar cuanto antes primando el tiempo sobre la forma adecuada⁶².

⁶² *Op. Cit.*, C., DÍAZ ALABART, S., p. 1-53

Los autores han criticado duramente esta decisión porque la preocupación y discusión sobre la necesidad de modificar por el sistema de legítimas viene de hace tiempo. Por ello, si ha estado tantos años sin reformarse, consideran carente de sentido que por motivos de urgencia temporal se reforme de forma pobre puesto que sumpondrá más problemas que ventajas.

En segundo lugar, se denuncia la terminología utilizada para referirse a los sujetos que se protegen. Por un lado, define la categoría de discapacitados en base a los porcentajes de discapacidad⁶³. Esta definición tiene un carácter administrativo y llama la atención la falta de relación o conexión con la definición tradicional promulgada en nuestro código “personas capaces de gobernarse a sí mismas, o incapaces de hacerlo, por enfermedades o deficiencias psíquicas o físicas permanentes”⁶⁴.

Por otro lado, utiliza indistintamente el termino discapacitado e incapacitado. Sobre este punto no existe una opinión uniforme. Una parte de la opinión considera que utilizar el término incapacitado judicialmente otorga una mayor seguridad jurídica en los supuestos de supresión de la legítima⁶⁵. Otros opinan que exigir de repente la condición de incapacitado dota de falta de claridad al precepto. Surge la duda sobre si la condición de incapacitado judicialmente exime de tener el certificado que acredite el porcentaje de discapacidad exigido legalmente. Se alega también falta de claridad respecto de cuál es la intención de fondo del legislador. ¿Se pretende fomentar así las incapacitaciones? O bien ¿Se establece este requisito dado la medida excepcional que supone gravar la legítima? Además, en relación con la condición de incapacitación judicial se ha reprochado la falta de precisión respecto al tiempo en el que ha de hacerse.

⁶³ Art. 2.2 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:

“[...]A los efectos de esta ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad:

- a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento.
- b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento [...].”

⁶⁴ ARTICULO 200 CC: “Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”.

⁶⁵ LÓPEZ NAVARRO, J., “Mecanismos sucesorios de protección del discapacitado”, *Jornadas sobre la nueva ley de protección patrimonial de discapacitados*, 2005, p. 63

Por último, en tercer lugar, se critica la falta de conexión de esta figura con el resto de figuras tradicionales en nuestro derecho civil que podrían servir para los mismos fines, como la guarda, tutela, entre otras.

En resumen, la doctrina no ha considerado positiva la medida introducida. Las consistentes críticas denotan un rechazo profundo, por un lado, a la modificación en sí, que consideran genera más inseguridad jurídica que una mayor protección al incapacitado, y, por otro lado, a la forma en que se ha llevado a cabo la reforma, en concreto por la falta de previsión de las consecuencias y la pasividad respecto a algunos aspectos prácticos.

5.6. Valoración de la jurisprudencia

En torno a la figura de la sustitución fideicomisaria, la doctrina jurisprudencial ha realizado diversos apuntes trascendentales para entender la naturaleza, límites y carácter de esta figura.

En relación con la naturaleza y requisitos de la sustitución fideicomisaria la jurisprudencia ha precisado los requisitos esenciales para que se puede hablar propiamente de sustitución fideicomisaria: doble o múltiple llamada a la herencia; imposición de un gravamen al primeo para que conserve y transmita la herencia al segundo; y orden sucesivo y cronológico para la adquisición de la herencia o del legado⁶⁶. Respecto a estos dos últimos requisitos la jurisprudencia ha precisado que el establecimiento de un orden sucesivo implica *per se* la existencia de la obligación terminante de entrega⁶⁷.

En este marco, ha precisado el concepto de “grado” como “llamamiento” o “segunda sustitución” destacando que no tiene por qué limitarse al ámbito familiar⁶⁸. Esto se traduce en que no se podrán realizar más de dos llamamientos sucesivos en la apertura de la sucesión del causante.

⁶⁶ *Op. Cit.* DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., p. 364

⁶⁷ STS 6 abril y 25 octubre de 1954 comentadas en *Op. Cit.*, C., DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., p. 364-371

⁶⁸ STS 23 Junio 1949 y 4 noviembre 1975 comentadas en *Op. Cit.*, C., DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., p. 364-371

Así mismo, tanto la doctrina como la jurisprudencia han recalcado el carácter expreso de esta institución, estableciendo que, si bien no es necesario que el testador emplee la expresión de sustitución fideicomisaria, debe quedar patente que ésa fue la intención del testador⁶⁹. Esta interpretación es coherente con la opinión consolidada de la jurisprudencia que rechaza la sustitución vulgar o tácita no testamentaria en nuestro ordenamiento jurídico⁷⁰. Se justificó la necesidad del carácter expreso en que, la posibilidad de establecer una sustitución de este tipo mediante testamento ológrafo, implicaba dar entrada a una sustitución tácita en contra del artículo 744 CC.

Respecto a la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta a favor de los discapacitados, la jurisprudencia se ha pronunciado exclusivamente sobre las facultades de disposición del fiduciario.

En primer lugar, aclara que **el fiduciario**, como verdadero heredero, puede llevar a cabo **actos de administración**, percibir frutos y arrendar los bienes fideicomisitos⁷¹.

En segundo lugar, aborda las facultades de disposición del fiduciario tan problemáticas. Con **carácter general, recae en el fiduciario la prohibición de disponer los bienes fideicomisos**⁷². En este sentido la AP Coruña, este pasado año, declaró la nulidad de la compraventa llevada a cabo por el fiduciario vendedor por falta de poder disposición y vulneración de la prohibición de disposición. Se aclaró que, pese a ser el propietario recaen sobre dicha propiedad ciertas limitaciones para que los bienes fideicomisitos sean transmitidos al fideicomitente.

Como excepción a esta regla general, la jurisprudencia admite la venta de los bienes fideicomisos cuanto ésta se haga con el objetivo de satisfacer de deudas de la herencia, los gastos del entierro y funeral, así como la correspondiente deuda o crédito del causante⁷³.

⁶⁹ DÍAZ ALABART, S., “La protección económica de los discapacitados a través del derecho de sucesiones”, *La encrucijada de la incapacidad y la discapacidad*, La Ley, Madrid, 2011, p. 1-53

⁷⁰ STS (Sala Primera, de lo Civil) Sentencia 17 Julio 1991. La Ley 2755/1991

⁷¹ STS (Sala Primera, de lo Civil) 28 febrero 1996 La Ley 2755/1996

⁷² SAP Coruña (Sección 5ª) Sentencia núm. 270/2017 de 13 octubre. Rec. 578/2016.

⁷³ STS (Sala primera, de lo Civil), Sentencia núm. 27/1981 de 25 de abril de 1981. La Ley 2755/1981

En relación con el incapacitado fiduciario, la jurisprudencia, de forma insólita ha reconocido que éste podrá disponer de los bienes siempre y cuando tenga las correspondientes autorizaciones y concurra el consentimiento del fideicomisario⁷⁴.

En resumen, la jurisprudencia ha reconocido al incapaz fiduciario la facultad de disponer sobre los bienes fideicomisos bajo determinadas circunstancias. Esto supone una excepción a la regla general por la cual, en la sustitución fideicomisaria, los poderes de disposición del fiduciario se encuentran limitados con el objetivo garantizar que los bienes se transmitan al fideicomisario.

⁷⁴*Op. Cit.* LÓPEZ NAVARRO, J., pp. 63

6. TRATO FAVORABLE EN DONACIONES O LEGADOS DEL DERECHO DE HABITACIÓN CONCEDIDO AL DISCAPACITADO

La tercera modificación en materia de sucesiones de la legislación objeto de análisis gira en torno al legado o donación del derecho de habitación. De nuevo, con el objetivo de otorgar una protección patrimonial directa a las personas con discapacidad se establece una carta de naturaleza especial a las donaciones o legados de un derecho de habitación realizado a favor del discapacitado.

6.1. Concepto y naturaleza del legado de derecho de habitación

El causante, en el momento de testar, puede disponer de los derechos reales que le pertenezcan, bien mediante la constitución de un legado, o bien mediante la configuración de un derecho legal concreto a favor del legatario⁷⁵.

En este marco de posibilidades, la Ley 41/2003 faculta al causante, a otorgar un legado de habitación de naturaleza especial, que tiene por objeto la vivienda habitual, se hace a favor de personas con discapacidad y no computa en el cálculo de la legítima.

El legado del derecho de habitación *per se* se encuadra dentro del grupo legados con escasa presencia práctica⁷⁶, en comparación, por ejemplo, con la categoría de legados de crédito y de deuda. Dentro de este grupo de legados de escasa aplicación práctica encontramos, los legados alternativos; los legados de prestaciones periódicas que engloba el legado de educación, el de alimentos y el de renta o pensión; los legados piadosos o a favor del alma y, por último, el legado de derecho de habitación (Art. 874,879 y 880 CC)

6.2. Cambios introducidos por la ley 41/2003

La Ley 41/2003 introduce un legado o donación de derecho de habitación de especial naturaleza, modificando la redacción de los artículos 821 y 822 del CC. Este legado queda regulado fundamentalmente en el segundo artículo mencionado.

El disfrute de una vivienda es una necesidad primordial en nuestro estado de derecho. Las personas que sufren de algún tipo de discapacidad, ven aumentadas las dificultades para alquilar o adquirir una vivienda. A ello se suma que, dependiendo de la discapacidad,

⁷⁵ *Op. Cit.*, C., DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., p. 385

⁷⁶ *Op. Cit.*, C., LASARTE, C. p. 150-151

deban llevar a cabo reformas que garanticen la plena accesibilidad a la vivienda.

Esta modificación pretende solventar una necesidad de los discapacitados, el disfrute de la vivienda. Es importante precisar que no se busca aumentar su patrimonio sino permitirles el disfrute de una vivienda que tantas dificultades les supone. Hasta la promulgación de esta Ley 41/2003 no ha existido legislación que favoreciese a este colectivo el disfrute de esta necesidad⁷⁷.

La especial naturaleza de este legado radica en que no se computará en el para el cálculo de las legítimas. Para ello, deberán concurrir diferentes circunstancias que se expondrán más adelante.

En primer lugar, es preciso destacar que este legado de derecho de habitación se configura de dos formas distintas.

Por una parte, este se puede configurar como una donación o bien como un legado. Para que este legado no compute en el cálculo de la legítima, se requiere que el beneficiario sea una persona discapacitada, legitimaria o heredera forzosa que estuviese conviviendo con el causante en el momento de la apertura de la herencia⁷⁸. En caso de que no conviviese en el momento de la muerte, el legado de habitación sí se tendrá en cuenta en el cómputo de la legítima.

Por otra parte, el derecho de habitación se configura como un legado legal de carácter excepcional. La atribución de éste legado se hará por ministerio de la ley a favor del legitimario discapacitado que lo necesite y tampoco computará en el cálculo de las legítimas. Para ello se requiere, de nuevo, la condición de legitimario discapacitado, la convivencia y en este caso concreto, que el testador no hubiese dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente. En este caso, el derecho será compatible con la convivencia de los legitimarios que lo necesiten⁷⁹ de manera que el titular del derecho de habitación, no puede impedir que convivan los demás legitimarios que lo necesiten.

Se infiere así, a grandes pinceladas, el requerimiento de que, en ambos supuestos,

⁷⁷ *Op. Cit.*, C., DÍAZ ALABART, S., p. 1-53

⁷⁸ Artículo 822 METERLO ENTERO CON LOS 4 APARTADOS.

⁷⁹ LÓPEZ NAVARRO, J., “Mecanismos sucesorios de protección del discapacitado”, *Jornadas sobre la nueva ley de protección patrimonial de discapacitados*, 2005, p. 1-16

concurra en el beneficiado la condición de heredero forzoso o legitimario discapacitado que conviviese con el causante en el momento de la apertura de la herencia⁸⁰. Es preciso matizar que no es requisito que el discapacitado haya sido incapacitado⁸¹.

La doctrina ha especificado todos los requisitos y circunstancias que deben concurrir para que a la donación hecha por el testador le sea aplicable el régimen el artículo 822 CC.

En cuanto a los requisitos subjetivos del donatario o legatario, se exige, que sea un sujeto con discapacidad, legatario o heredero forzoso. Adicionalmente, y, sólo para el caso del delgado legal de atribución por ministerio de la ley, se requerirá el estado de necesidad.

En lo relativo a los requisitos subjetivos del donante o testador, es requisito indispensable que sea el titular de la vivienda, esto es, que tenga poder de disposición sobre ésta. La doctrina ha rechazado que pueda considerarse al usufructuario o al heredero fiduciario por falta de poder de disposición⁸².

En cuanto a las circunstancias objetivas, se exige que la vivienda sea la habitual. La doctrina ha interpretado esto como el entorno donde se desarrolla la vida originariamente. En consecuencia, se descarta que derecho de habitación se constituya sobre una segunda vivienda. Asimismo, se exige la convivencia común entre el discapacitado y el testador. La convivencia se entiende como la vida en común y solo se exige al tiempo de la muerte del testador.

Por último, esta figura tiene ciertos límites. En ambos supuestos, el mencionado legado tiene un carácter intransmisible (Art. 822.3º CC). Este carácter intransmisible encaja perfectamente con el régimen excepcional que supone introducir en nuestro ordenamiento un legado de origen legal. En relación con este aspecto, la doctrina niega el carácter absoluto o imperativo de esta intrasmisibilidad⁸³. De este modo, la doctrina contempla la posibilidad de que se dotar de carácter transmisible al mencionado derecho. Eso sí, si el constituyente optase por establecer dicho derecho como transmisible, el mencionado derecho no gozará de especial naturaleza, esto es, se regirá por el sistema ordinario y

⁸⁰ *Op. Cit.*, C., LASARTE, C. p. 150-151

⁸¹ *Op. Cit.*, C., DÍAZ ALABART, S., p. 1-53

⁸² *Op. Cit.*, C., DÍAZ ALABART, S., p. 1-53

⁸³ DORAL GARCÍA DE PAZOS vs RAMS ALBESA *Op. Cit.*, C., DÍAZ ALABART, S., p. 1-53

computará en el cálculo de las legítimas.

Asimismo, el mencionado legado no podrá impedir la atribución al cónyuge los derechos que por ley le corresponde (Art. 1406 CC) de manera que dichos derechos coexistirán con el derecho de habitación. La pretendida convivencia será factible en el caso en que el cónyuge viudo sea, a su vez, progenitor del legitimario discapacitado⁸⁴. Sin embargo, fuera de este supuesto, esta convivencia pacífica será difícilmente viable. Además, es preciso que el testador no haya excluido esta legado o donación o haya dispuesto otra cosa en relación con el bien.

La necesidad del discapacitado, en su configuración como legado legal, se determina cuando no tenga otra vivienda y carezca de bienes suficientes para cubrir esa necesidad. También se entenderá que concurre la circunstancia de necesidad cuando, a pesar de tener una vivienda, esta no sea la adecuada para sus necesidades.

La introducción en nuestro ordenamiento jurídico de este legado especial no tiene precedentes. En el sistema jurídico español, con carácter general, el legado se articula como un acto voluntario del testador. Como se acaba de exponer la Ley 41/2003 introduce una excepción a esta regla genérica instaurando así un legado de origen legal.

6.3. Valoración de la doctrina

En relación a esta modificación sustancial, la doctrina se ha mostrado sorprendentemente pacífica.

La doctrina sí ha señalado una incoherencia en relación con esta modificación. Si bien el objetivo y la finalidad de esta modificación es la protección especial del incapaz, que se materializa hasta el punto en que se introduce la posibilidad de una atribución por ministerio de la ley del derecho de habitación al discapacitado, de la lectura del precepto reformado se infiere que la eficacia de este legado quedará supeditada a la voluntad del testador. En síntesis, la finalidad de la modificación y lo que se desprende de la lectura no parecen coherentes.

⁸⁴ *Op. Cit.*, C., LASARTE, C. p. 150-151

Pasando por alto esta contradicción, la doctrina ha reconocido las diferentes ventajas que se desprenden de esta modificación.

En primer lugar, se destaca que, tanto si se transmite *inter vivos* como si se transmite *mortis causa*, este derecho de habitación no computará en el cálculo de las legítimas.

En segundo lugar, este derecho no se tendrá en cuenta para fijar la cuantía de las legítimas ni se imputará en la cuota legitimaria. Así el beneficiado, además de este derecho, tendrá derecho a la legítima estricta, en su caso, a la mejora y al tercio de libre disposición⁸⁵. Se trata de un extra que la norma le ofrece por su condición de discapacitado.

En tercer lugar, la doctrina ha visto con buenos ojos que este derecho de carta especial se contemple para todo aquel legitimario que sufra una discapacidad. En contraposición con las otras medidas adoptadas, que se contemplan exclusivamente para los descendientes, en este caso concreto tanto los ascendientes como el cónyuge podrán beneficiarse también.

6.4. Valoración de la jurisprudencia

La jurisprudencia ha interpretado de forma no extensiva este derecho. Especialmente respecto del requisito de necesidad.

En concreto, respecto de la situación de necesidad del discapacitado, la doctrina jurisprudencial ha reiterado que debe entenderse la idea que subyace del precepto, la protección del discapacitado que lo necesite. Por ello, ha considerado oportuno enumerar dos requisitos que deben concurrir simultáneamente para que se pueda apreciar la condición de necesidad.

El primer requisito consiste en la carencia de un inmueble donde alojarse. El segundo requisito reside en la ausencia de recursos económicos que permitan acceder a otra vivienda, bien arrendándola bien adquiriéndola. De esta forma se deberá identificar el estado de necesidad no solo con la carencia de un inmueble donde alojarse, sino con la ausencia de unos recursos económicos que le permitan acceder a otra vivienda⁸⁶. De este modo, se deberá atender al estado de necesidad del discapacitado en cada caso concreto.

⁸⁵ *Op. Cit.*, C., DÍAZ ALABART, S., p. 1-53

⁸⁶ SANZ VIOLA, A. M., “El derecho de habitación legal a favor del discapacitado”, *Actualidad Civil*, no. 2, 2009, pág. 144

Por esta razón, en determinados supuestos la jurisprudencia se ha visto obligada a rechazar las peticiones de familiares discapacitados que pretendían obtener dicho legado. En esos casos, o bien el testador no les había dejado un legado de vivienda, o bien, si se lo había dejado, era respecto de una vivienda que no era la adecuada para su discapacidad. En estos casos las pretensiones se rechazaron en base a que el discapacitado, o bien disponía de recursos suficientes para conseguirla por sí mismos o por lo dejado en herencia, o bien tenía suficientes recursos como para realizar operaciones necesarias para adaptar la vivienda heredada⁸⁷.

La jurisprudencia entiende de forma unánime que, si bien es un derecho que protege a los discapacitados, restringe o constriñe a su vez los derechos de los colegitimarios. Así, ha optado por ponderar los intereses del discapacitado con los intereses del resto de los herederos e intentar equilibrarlos. Si bien es cierto que los intereses del resto de legitimarios cederán ante los del discapacitado, para el caso en que la necesidad sea requisito, ésta se entenderá de forma restrictiva por constituirse como un legado legal⁸⁸.

En resumen, la jurisprudencia ha integrado el objetivo de la norma de solventar la necesidad primordial de disfrute de una vivienda, que no el aumento del patrimonio del discapacitado. Ha integrado este objetivo al inclinarse por conjugar y equilibrar los intereses del discapacitado con ha optado por una interpretación más restrictiva al entender que, al tratarse de un legado de configuración legal, se debe atender a la situación global del discapacitado y no sólo a lo dejado en herencia por el testador.

⁸⁷ SAP de Madrid (Sección 9ª), Sentencia núm. 120/2017 de 17 Mar. Rec. 1006/2016.

⁸⁸ *Op. Cit.*, C., DÍAZ ALABART, S., p. 1-53

7. FACULTAD CONCEDIDA AL CÓNYUGE SUPÉRSTITE DE MEJORAR Y DISTRIBUIR A LOS HIJOS O DESCENDIENTES COMUNES

La cuarta medida introducida por la L41/2003, de nuevo en aras de otorgar una protección patrimonial indirecta superior a las personas con discapacidad, consiste en una ampliación de las facultades del testador. En concreto, se le permite conferir al cónyuge supérstite amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes. Estas facultades también se podrán conceder a los progenitores con descendencia común, aunque no estén casados entre sí.

El objetivo de esta modificación, tal y como se desprende de la Exposición de motivos de la Ley 41/2003, es evitar precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad. Por consiguiente, aplazar esta distribución a un momento posterior permitirá poder considerar con mayor parsimonia la variación de las circunstancias, la situación y las necesidades de aquella persona que padezca una discapacidad.

7.1. Concepto y naturaleza jurídica de la mejora

La mejora constituye un tercio del haber hereditario de los progenitores que corresponde a los hijos y descendientes (Art. 808, 823 y 824 CC). Como se ha expuesto en profundidad en el epígrafe 5.3. *La sustitución Fideicomisaria a favor del legitimario incapacitado*, la mejora constituye una parte de la legítima larga. La legítima larga, dos tercios del haber hereditario reservado a los descendientes, está compuesta por la legítima estricta, un tercio del haber hereditario, y la mejora, que se corresponde con el otro tercio. El tercio restante del haber hereditario es el que se conoce como tercio de libre disposición.

En relación con la mejora, ésta disfruta de una naturaleza sustancialmente diferente a la de la legítima estricta. Mientras que la legítima estricta ha de repartirse a partes iguales entre los descendientes, la mejora se reparte entre los descendientes sin tener que repartirse entre partes alícuotas.

Si bien es cierto que nuestro Código Civil define y perfila el concepto de mejora, han sido diversos autores los que han descrito con mayor precisión la naturaleza de esta figura.

La mayor parte de la doctrina concibe la mejora como un poder de disposición del testador de carácter limitado o restringido, en tanto que los mejorados han de ser necesariamente

hijos o descendientes y sobre la mejora no se puede imponer ningún tipo de gravamen⁸⁹. La mejora no ha de repartirse a partes iguales entre los descendientes como se hace en la legítima estricta, configurándose, así como una figura a medio camino entre el tercio de libre disposición y la legítima estricta⁹⁰. De esta manera, se puede apreciar que la mejora es una disposición imputable a uno de los dos tercios que componen la legítima de los descendientes. Este tercio adquiere sustantividad propia cuando el padre o la madre hacen uso de él. Si no lo utilizan no se puede hablar de mejora y los dos tercios de legítima larga estarán sometidos a las normas que rigen la legítima estricta.

Los sujetos partícipes en esa figura son el mejorante y el mejorado. El mejorante es aquel sujeto que causa la sucesión. Por otro lado, la condición de mejorado se predica de los hijos o descendientes del causante, ya lo sean por naturaleza o por adopción (Art. 823 CC). En relación a estos, queda prohibida cualquier discriminación por razón de filiación. Así mismo se permite al mejorante, mejorar a favor de descendientes de grado más remoto (Art. 832 CC). Esto significa que el causante podría mejorar a sus nietos o bisnietos, en lugar de mejorar a sus hijos.

El objeto de la mejora puede quedar o no determinado. De este modo, tal y como expone el artículo 829 CC, el causante puede señalar la mejora en cosa determinada. En este supuesto, si el valor de la cosa excediese el tercio de mejora y la parte de la legítima correspondiente al mejorado, éste deberá satisfacer la diferencia en metálico a los demás interesados.

Si, en caso contrario, el causante no hiciese señalamiento en cosa determinada, la mejora será de cuota y se seguirán las reglas normales de partición de la herencia (Art. 832 CC). Por ello, la mejora será satisfecha con los mismos bienes hereditarios y se procurará la igualdad de los herederos en la partición de los bienes (1.061 y 1.062 CC).

En relación a la forma en que ha de realizarse la mejora, nuestro ordenamiento admite diferentes actos o negocios jurídicos para su ordenación. Por consiguiente, puede mejorarse a través de testamento, donación, capitulaciones matrimoniales, promesas y contrato oneroso con tercero. Estas diferentes formas de mejorar se analizarán a continuación.

⁸⁹ *Op. Cit.*, C., DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., p. 425-427

⁹⁰ *Id.*

7.2. Modificaciones introducidas con la ley 41/2003

En lo relativo a la facultad de mejorar, es vital resaltar su carácter personalísimo. Al igual que ocurre en el testamento, la facultad para mejorar no puede hacerse por apoderado o comisario, ni tampoco dejarse al arbitrio de un tercero (Art. 670 CC). Esta prohibición incluye la negativa a dejar al propio mejorado la facultad de elegir el bien en que haya de recaer.

Sin embargo, respecto de esta regla general o prohibición genérica, existe una cualificada excepción. Desde la promulgación del código, éste ha contemplado siempre la posibilidad de que el cónyuge supérstite realice la distribución de los bienes y mejore a favor de los hijos comunes (Art. 831 CC).

La modificación introducida por la Ley 41/2003 versa sobre esta excepción. A continuación, se expondrá la evolución histórica de esta excepción exponiendo así la riqueza histórica de esta figura. Tras un estudio pormenorizado de los cambios ocurridos se distinguen tres etapas: la redacción originaria, la ley 11/1981 y la Ley 41/2003⁹¹.

La razón de este análisis histórico radica en exponer los mecanismos preexistentes para analizar si las variaciones introducidas por la Ley 41/2003 son sustanciales o si, por el contrario, no suponen un gran cambio en nuestra tradición jurídica.

En la redacción originaria del código civil la facultad de mejorar encomendada al cónyuge estaba sujeta a determinadas circunstancias. Para que el cónyuge supérstite pudiese distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes era necesario que, en primer lugar, dicha facultad hubiese sido pactada en capitulaciones matrimoniales; en segundo lugar, que el causante hubiese muerto intestado; y, en tercer lugar, que se respetasen las legítimas y mejoras realizadas en vida por el finado.

Es preciso aclarar que esta excepción se articula como un *pacto sucesorio* que exclusivamente se podía establecer o contemplar en capitulaciones matrimoniales, que, en el momento de su vigencia, eran capitulaciones prenupciales. Esto implica que el uso de esta facultad quedaba limitado a que se hubiese pactado su existencia en las

⁹¹ *Op. Cit.*, C., LASARTE, C. p. 209-213

capitulaciones prenupciales. El ámbito pues de esta facultad era de carácter restringido.

Cabe preguntarse por qué se contempló esta excepción en la redacción originaria del CC. Este es un precepto extraño en la tradición jurídica del Derecho Castellano y de régimen jurídico de la mejora dentro del cual se inserta⁹². Entonces, ¿por qué contemplar esta facultad? Pues bien, esta facultad se introdujo como una forma de acercar o aproximar el Derecho común civil a los Derechos forales de la época. En dichos derechos forales se admitía, el testamento comisario, así como el mantenimiento indiviso de la unidad agraria o empresa familiar, gobernada con carácter general por el viudo o viuda a quien se atribuía la potestad de partir a su buen criterio los bienes en un momento posterior⁹³. De este modo, esta excepción constituye una de las denominadas *soluciones transaccionales* entre el derecho civil común y los derechos forales de las que hizo gala la comisión legislativa encargada de la redacción del código Civil⁹⁴.

Si bien es cierto que esta medida supuso un acercamiento o armonización de los derechos civiles existentes, tuvo escasa, por no decir nula, aplicación práctica. Esta falta de aplicación se manifiesta en la ausencia de sentencias del Tribunal Supremo relativas a esta cuestión, a lo largo de la vigencia temporal de casi un siglo (1889-1981) de dicho precepto.

La Ley 11/1981 reformó dicha regulación y permitió que la denominada “delegación de la facultad de mejorar” se pudiera ordenar en testamento o en capitulaciones, que podían ser ya post-nupciales, y que la efectividad de la delegación no dependiera del fallecimiento del intestado. En esta reforma se estableció un plazo para el ejercicio de las facultades que, por delegación del testador, podía tener el viudo o la viuda.

La modificación del régimen de la denominada “delegación de la facultad de mejorar” introducido por la Ley 11/1981 alteró los presupuestos de la mejora encomendada al cónyuge viudo desde la redacción originaria que se acaba de exponer.

Antes de entrar a analizar los cambios que esta modificación introdujo, es conveniente

⁹² *Op. Cit.*, C., Díez-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., p. 425-427

⁹³ *Op. Cit.*, C., Díez-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., p. 425-427

⁹⁴ *Op. Cit.*, C., LASARTE, C. p. 209-213

tener en cuenta que entre una redacción otra media un siglo de diferencia. Volviendo la mirada a aquella época, se vislumbra que la ley 11/1981 albergaba el sistema divorcista que se aprobaría de inmediato, a través de la Ley 30/1981⁹⁵.

Esta reforma introdujo tres cambios principales y, en conjunto, reforzó el papel de la mejora encomendada al cónyuge viudo.

El primer cambio principal fue la supresión de la muerte intestada del causante como presupuesto para encomendar la mejora al cónyuge viudo.

El segundo cambio esencial, fue permitir que la delegación de dicha facultad se constituyese tanto testamentariamente como a través de las capitulaciones matrimoniales, ya fuesen post-matrimoniales o prematrimoniales. De esta manera se permite que, en el momento de testar, los cónyuges puedan recurrir a esta delegación favoreciendo, en palabras de LASARTE “la autoridad domestica del cónyuge viudo”. Si bien, al igual que en la redacción anterior, se supeditaba esta facultad al cumplimiento de ciertos requisitos.

El primer requisito para que el cónyuge viudo pudiese emplear dicha facultad consistía *en la subsistencia del matrimonio entre el causante y el cónyuge*. Puesto que la nulidad, divorcio o incluso la separación judicial, implican la revocación de los poderes de los cónyuges entre sí, se exigía que la causa de disolución del matrimonio fuese el fallecimiento de uno de los cónyuges.

El segundo requisito consistía en la viudedad propiamente dicha del cónyuge delegado. El precepto, al igual que en la redacción originaria, exigía al cónyuge supérstite que no hubiese contraído nuevas nupcias. Sin embargo, este requisito debe entenderse respecto del momento anterior al ejercicio de la facultad de mejorar. Es decir, se exige que no haya contraído nuevo matrimonio antes de mejorar a sus hijos. Así, una vez mejorados, se entiende que el cónyuge encomendado pueda contraer nuevas nupcias sin que ello implique la ineficiencia de la mejora realizada⁹⁶.

El tercer requisito lo constituye la existencia de hijos comunes a ambos cónyuges, fuesen

⁹⁵ Ley 30/1981, 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

⁹⁶ *Op. Cit.*, C., LASARTE, C. p. 209-213

matrimoniales o no al momento de su nacimiento⁹⁷.

El tercer cambio fundamental, consiste en la posibilidad de señalar un plazo para el ejercicio de dichas facultades. En caso de que no se hubiese señalado se entenderá que, transcurrido un año desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes, la mencionada delegación habría de entenderse caducada.

En conjunto, para el caso de que el causante hubiese testado, se atendería a lo que hubiese dispuesto en el testamento. En caso de que hubiese muerto intestado, la doctrina contemporánea entendía que dichas facultades “de distribuir los bienes y mejorar” se entendían respecto del tercio de mejora y también del tercio de libre disposición. A excepción del tercio de legítima estricta, se convertía al cónyuge viudo en un delegado sucesorio con un poder equivalente al testador si hubiese adoptado las disposiciones testamentarias. Esto constituye un supuesto sin precedentes en la historia de nuestro Derecho civil común.

Una vez más, a pesar de tener una vigencia temporal considerable (1981-2003) careció de aplicación práctica tal y como se desprende de la inexistencia de sentencias relativas a dicha cuestión tanto en las Audiencias Provinciales como en el Tribunal Supremo.

En este marco, la Ley 41/2003 ha considerado oportuno modificar el tenor literal del artículo 831 CC. A pesar del esfuerzo y del elogiado objetivo perseguido por el legislador, si se atiende a la experiencia de las anteriores reformas, no parece que ésta vez la aplicación práctica de esta figura vaya a ser diferente y disfrute de un éxito práctico.

La nueva redacción, con seis párrafos, ha sido calificada de extensa por la doctrina⁹⁸. Para abordar esta reforma con una mayor brevedad y claridad, se diferenciará entre los presupuestos estructurales que se mantienen de la norma, que se enumeraran brevemente, y los nuevos parámetros introducidos.

A este respecto, los presupuestos estructurales de la norma que se mantienen tras la última reforma son: la subsistencia del matrimonio entre el causante y cónyuge encomendado;

⁹⁷ Artículo 119 Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

⁹⁸ *Op. Cit.*, C., LASARTE, C. p. 209-213

la viudedad propiamente del cónyuge o pareja a quien se encomienda la mejora; y la existencia de hijos que tengan la consideración de comunes.

Por supuesto, se respetarán íntegramente las legítimas estrictas, mejoras y demás operaciones sucesorias que haya practicado el propio causante tal y como ocurría en ambas regulaciones previas. Así mismo, se matiza que el cónyuge debe respetar el régimen de las legítimas y disposiciones del causante a favor de un descendiente no común.

Dentro del marco de cambios introducidos con la Ley 41/2003, tras el estudio pormenorizado de la legislación y de los cambios percibidos por diversos autores, se podrían resumir en cinco modificaciones introducidas. Para una mayor claridad se distinguirán entre modificaciones sustanciales y más superficiales.

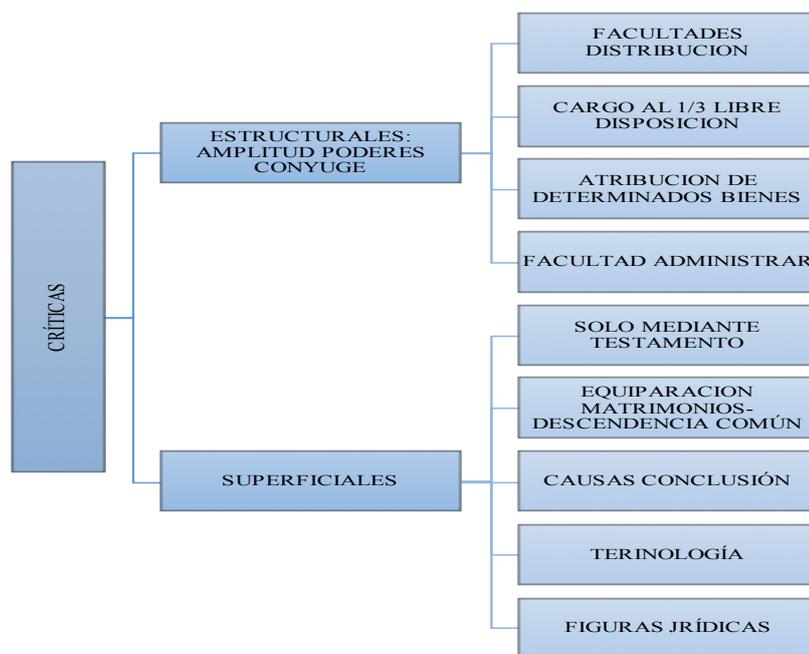


Ilustración 5 Crítica doctrina ampliación facultades cónyuge supérstite

En relación a la principal **modificación sustancial**, si bien se trata de una única modificación, afecta a cinco aspectos concretos. Esta es la alteración sustancial de la amplitud de poderes al cónyuge encomendado.

En primer lugar, se permite al cónyuge encomendado que ejerza las facultades de distribución y de mejora mediante *uno o varios actos simultáneos o sucesivos*, e incluso, si tal facultad le hubiese sido otorgada por el fallecido, *mediante testamento* (Art. 831 CC). Así el cónyuge tiene la posibilidad de actuar mortis causa de manera que la

distribución quedará postergada o prorrogada hasta la apertura y ejecución de la voluntad testamentaria del supérstite.

En segundo lugar, la amplitud de los poderes conferidos es muy extensa. Así, el cónyuge encomendado podrá realizar a favor de los hijos comunes *mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición*. Igualmente, podrá realizar adjudicaciones o atribuciones a bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio, incluso particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que este sin liquidar (Art. 831 CC).

En este ámbito, en tercer lugar, las disposiciones del cónyuge tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir al hijo o descendiente común la propiedad, podrá conferir asimismo su posesión por el hecho de su aceptación, salvo en el caso de que en dichas disposiciones se establezca otra cosa (Art. 831 CC).

En cuarto lugar, el cónyuge delegado por el testador ostentará la administración de los bienes sobre los que penden las facultades conferidas (Art. 831 CC).

Dentro de la categoría de **modificaciones más superficiales** encontramos cuatro modificaciones.

La primera de ellas, introduce que se respetará las adjudicaciones hechas a descendientes no comunes y el cónyuge no pariente en línea recta no podrá incidir en dichas adjudicaciones.

El segundo cambio introducido consiste en que las facultades de delegación en la mejora, si antes se podía hacer tanto en capitulaciones, prematrimoniales o post-matrimoniales, como en testamento, ahora se conferirán “mediante testamento”. Se excluye el único mecanismo que tenía el cónyuge para delegar la mejora en la redacción originaria. Si bien es cierto que no hace referencia alguna a estas capitulaciones matrimoniales, la doctrina ha interpretado de forma positiva o afirmativa que puedan conferirse en capitulaciones⁹⁹.

En tercer lugar, se altera el plazo de caducidad supletorio de la delegación de la facultad de mejorar. Si antes era de un año, ahora se amplía hasta los dos años posteriores a la

⁹⁹ *Op. Cit.*, C., LASARTE, C. p. 209-213

apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes.

En cuarto lugar, se equipará a los cónyuges con descendencia común a aquellos que comparten descendencia común aun cuando no estén casados, de manera que puedan llevar a cabo las mismas delegaciones.

7.3. Valoración de la doctrina

Es importante entender que la nueva regulación, a pesar de que este precepto no se refiere específicamente al discapacitado, pretende aportar un nuevo medio de protección al discapacitado que le beneficie.

Así al ampliar las facultades encomendadas al testador para mejorar y distribuir la herencia entre los descendientes comunes el legislador evita precipitar la herencia y permite aplazar el momento para valorar la situación del mismo en un momento posterior.

En relación a la primera modificación, en concreto, permitir al cónyuge encomendado realizar las funciones de distribución y mejora en uno o varios actos sucesivos o simultáneos, e incluso mediante testamento, la doctrina lo ha tachado de desproporcionado¹⁰⁰. En este supuesto, si el cónyuge actúa *mortis causa*, la distribución quedara aplazada hasta la apertura y puesta en ejecución de la voluntad testamentaria del cónyuge supérstite¹⁰¹. En concreto, señalan que es perjudicial para los propios hijos comunes, que se verán obligados a esperar a su muerte para adquirir de forma definitiva la herencia de su progenitor.

No obstante, es importante destacar que en lo relativo a mejorar con cargo al tercio de libre disposición, la doctrina ni siquiera lo ha comentado puesto que, a pesar de que no estaba expresamente contemplado en la regulación anterior, ya era ampliamente aceptado por la doctrina que el cónyuge encomendado dispusiese de este tercio siempre y cuando respetase la legítima estricta.

¹⁰⁰ *Op. Cit.*, C., DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., p. 425-427

¹⁰¹ *Op. Cit.*, C., LASARTE, C. p. 209-213

Determinados autores acusan al legislador de haber introducido, en contra de lo que estipula el artículo 670 CC, la figura del testamento por comisario¹⁰². Si bien esta crítica es fundada, no existe una amplitud de facultades tan significativa si recordamos que, sobre la regulación anterior, ya se pronunció la misma crítica.

Sobre el resto de modificaciones, las de menor calado o más superficiales, la doctrina no ha entrado a analizarlas en profundidad por considerarlas, en palabras de LASARTE, “*inanes o de puro detalle*”¹⁰³.

Siendo esto así, sí han mencionado alguna de ellas y se han planteado diferentes preguntas. En concreto, se plantean si se podrán seguir recurriendo a las capitulaciones matrimoniales para pactar dicha delegación sucesoria, puesto que el nuevo precepto solo las contempla “mediante testamento”. La doctrina entiende que sí teniendo en cuenta las reglas generales y lo dispuesto en el artículo 1325 del CC.

Como se puede comprobar, si bien en un primer momento parecen modificaciones sustanciales, una vez analizada la regulación preexistente y las modificaciones introducidas, se aprecia que los cambios no son trascendentales respecto de la figura de delegación de la mejora.

En relación a la **potencial aplicación práctica**, la **doctrina** se muestra **escéptica** al respecto. Si bien el objetivo perseguido es elogiado, la doctrina, de forma unánime, desconfía que la nueva redacción de la norma tenga éxito práctico. Argumentan que la institución no ha sido modificada lo suficiente y que el legislador debería haber tenido en cuenta a la hora de modificarla la falta de éxito práctico que tuvieron las redacciones anteriores.

7.4. Valoración de la jurisprudencia

Como se acaba de exponer, la reforma modifica la base de la legítima al permitir satisfacer las legítimas con bienes extra-hereditarios. En concreto se permite al cónyuge supérstite

¹⁰² LÓPEZ NAVARRO, J., “Mecanismos sucesorios de protección del discapacitado”, *Jornadas sobre la nueva ley de protección patrimonial de discapacitados*, 2005, p. 1-16

¹⁰³ *Op. Cit.*, C., LASARTE, C. p. 209-213

que ejercita las facultades satisfacer las legítimas con sus propios bienes encomendadas y con bienes de la sociedad conyugal disuelta aún no liquidada¹⁰⁴.

En contraposición con la doctrina, la jurisprudencia rechaza que la Ley 41/2003 haya introducido en nuestro ordenamiento de un testamento por comisario. Niega de forma unánime que las facultades otorgadas al cónyuge sean similares en amplitud a las conferidas por poder expreso. En consecuencia, se ha inclinado por una interpretación restrictiva de dichas facultades concedidas al cónyuge¹⁰⁵.

Esta interpretación de carácter restrictivo se manifiesta en que, con anterioridad a la disolución de la sociedad, el cónyuge no podrá realizar actos de disposición sobre los bienes por sí solo. Así mismo, se fija el artículo 831 del CC como el principio o criterio para cuantificar el poder de disposición del cónyuge puesto que aquella es la voluntad del testador y sus facultades legales¹⁰⁶.

En resumen, la doctrina jurisprudencial ha aclarado que la delegación de las facultades de mejorar y distribuir está sujeta a limitaciones y no es asimilable a la figura del testamento por comisario.¹⁰⁷

En la misma línea, la RDGRN ha interpretado que la amplitud y naturaleza de las facultades del cónyuge sobre el caudal hereditario no son equiparables a las del comisario.

Además, ha aclarado un aspecto de vital importancia en relación con la situación de la herencia durante la pendencia de la delegación. Ha precisado que el cónyuge viudo, a pesar de tener la facultad de mejorar o distribuir dichos bienes, no tiene titularidad alguna sobre ellos. Estos bienes pertenecen exclusiva y colectivamente a los hijos comunes¹⁰⁸. Por ello, interpreta que, bajo la nueva redacción, el cónyuge administrará sólo los bienes sobre los cuales recaigan las facultades encomendadas.

La RDGRN se ha pronunciado también en relación con las facultades de disposición de los coherederos respecto de su cuota o bienes de la herencia. Ha destacado

¹⁰⁴ MARTI PEREZ, J. A., *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Editorial La Ley, Madrid, 2011, p. 53

¹⁰⁵ SAP Pontevedra (sección 6ª), sentencia núm. 373/2017.

¹⁰⁶ *Op. Cit.*, C., MARTI PEREZ, J. A., p. 53

¹⁰⁷ *Id.*

¹⁰⁸ RDGRN de 18 de diciembre de 1916

encarecidamente que la expectativa que tienen los coherederos no constituye en sí un derecho transmisible del que puedan disponer por ser bienes que, con el tiempo y mediante la declaración del cónyuge supérstite, les deberían pertenecer¹⁰⁹.

En resumen, si bien la jurisprudencia se ha pronunciado en relación a estas facultades, ha aclarado que estas facultades encomendadas no constituyen en sí una medida protección propia de los discapacitados. Esto se debe a que las facultades previstas no se predicen respecto de los discapacitados sino, en general, de todos los descendientes.

La jurisprudencia reconoce que la Ley 41/2003 realiza una profunda modificación de la figura, otorgando al precepto una extensión sin precedentes. Rechaza que se haya introducido un testamento por comisario y se inclina por una interpretación restrictiva de las facultades de mejorar y distribuir concedidas al cónyuge.

Por último, es preciso destacar que una modificación de semejante envergadura como la que se analiza contrasta con su escasa aplicación, como lo demuestra el hecho de que no existan prácticamente pronunciamientos jurisprudenciales.

¹⁰⁹ RDGRN de 11 de marzo de 1929,

8. LA EXENCIÓN DE TRAER A COLACIÓN LOS GASTOS DE LOS DESCENDIENTES DISCAPACITADOS

8.1. Concepto y naturaleza de la colación

Antes de entrar a exponer la colación es preciso identificar y explicar la partición hereditaria.

En conversaciones con el profesor SERRANO, abordó la partición hereditaria como un negocio jurídico cuya finalidad es la extinción de la comunidad hereditaria y la concreción de las cuotas abstractas de los coherederos mediante la distribución, reparto y adjudicación de los bienes y derechos que integran la herencia entre los distintos sucesores. La partición hereditaria puede realizarse por diferentes sujetos, desde una autoridad judicial hasta el propio testador o bien una persona designada por el propio testador.

Dentro de este marco, la colación destaca de entre todas las operaciones contables necesarias para llevar a cabo la partición hereditaria por su importancia.

De entre todas las definiciones que la doctrina ofrece, la definición más clara y completa es de DE LOS MOZOS:

la obligación que tienen los herederos forzosos que concurran a la herencia del donante, de aportar a la masa hereditaria lo que hubieran recibido por donación de éste, con objeto de igualar sus porciones hereditarias en la partición, proporcionalmente a sus respectivas cuotas, pero únicamente, tanto en cuanto sean herederos o lleguen a serlo. Ya que la colación no se aplicará al legatario o al que renuncia a la herencia, y siempre, salvo dispensa de esta obligación hecha por el causante¹¹⁰

La preocupación de nuestro legislador por corregir las atribuciones patrimoniales hechas en vida por el causante ha constituido una constante en nuestra tradición jurídica. Así se han establecido mecanismos para corregir las atribuciones patrimoniales que el causante haya hecho en vida, ya fuesen a título lucrativo o gratuito, a cualquiera de los herederos.

¹¹⁰ DE LOS MOZOS, J.L., “La colación”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1965

El origen de esta figura la encontramos en el Derecho Romano, donde ya existía esta preocupación por corregir las mencionadas atribuciones. De ahí que la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos contemplen esta institución jurídica¹¹¹.

La colación se presenta como una solución o remedio a esta disyuntiva y equivale a “*integrar o incluir en la masa hereditaria as atribuciones patrimoniales que el causante hubiera realizado a favor de cualquiera de los herederos [...]*”¹¹². En palabras del profesor SERRANO, constituye un remedio que el derecho pone a disposición de los legítimos, sean testamentarios o abintestato, para impedir el perjuicio económico que les puede llegar a suponer que el causante haya disminuido, en vida, su patrimonio en beneficio de otros herederos, también forzosos, al transmitirles a título gratuito determinados bienes o valores.

La colación existe en casi todos los ordenamientos, si bien con diferentes matices. La doctrina atribuye a la colación un doble fundamento¹¹³. Por un lado, se presume que el causante está anticipando al heredero parte de la herencia que le correspondería. Esto es, se entiende que el haber atribuido en vida ciertos bienes gratuitos a un heredero, constituye un anticipo de la herencia. Por otro lado, la colación se fundamenta en la voluntad del legislador, que pretende que todos los herederos forzosos tengan las mismas expectativas sobre el patrimonio familiar. Fue ese fundamento lo que llevó al legislador a introducir la colación en nuestro ordenamiento jurídico.

La jurisprudencia, por el contrario, se inclina por el fundamento objetivo, por el cual “la colación implica una ordenación basada en criterios de equidad tendentes a evitar la desigualdad en la distribución de la herencia”¹¹⁴.

La colación tiene un carácter *puramente dispositivo*. Esto significa, que depende ante todo de la voluntad del donante-causante tal y como establece tajantemente la legislación

¹¹¹ *Op. Cit.*, C., LA CRUZ, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., p. 140-147

¹¹² *Op. Cit.*, C., LASARTE, C. p. 360-366

¹¹³ *Op. Cit.*, C., LA CRUZ, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., p. 140-147

¹¹⁴ STS 19 julio 1982 *Op. Cit.*, C., LA CRUZ, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., p. 140-147

vigente (Art. 1.036 CC). De este modo, quien haya realizado en vida una liberalidad podrá también excluir la colación. Esto se conoce como la *dispensa de la colación* y podrá realizarse en el momento en que se realice la donación o de forma posterior, ya sea por testamento o por documento que reúna las solemnidades testamentarias.¹¹⁵

Tras aclarar este carácter dispositivo de la colación y enfatizar que el causante-donante puede excluir su aplicación, es de interés aclarar cuáles son los presupuestos indispensables para que la colación goce de aplicación.

Son cuatro los presupuestos que deben cumplirse para que entre en jago la colación.

En primer lugar y en relación con el carácter dispositivo analizado, es necesario que el causante no haya excluido expresamente la colación, lo que se conoce también como *dispensa de la colación* (Art. 1036 CC).

En segundo lugar, es preciso que concurren al menos dos legitimarios (Art. 1035 CC). La pretensión o fundamento igualitario latente de esta institución solo tiene sentido respecto de ellos. Por lo tanto, en casos donde no se trate de herederos forzosos, no habrá obligación de colacionar.

En tercer lugar, los legitimarios concurrentes han de suceder a título de heredero y serlo efectivamente por haber aceptado la herencia. La aceptación de la herencia es crucial para que exista colación (Art. 1036 CC). Por ello ni los acreedores del difunto pueden valerse de la colación.

En cuarto lugar, los bienes deberán ser colacionables.

En relación al carácter colacionable de los bienes, nuestro ordenamiento contempla como regla general el carácter colacionable de cualquier liberalidad inter vivos¹¹⁶. Frente a esta regla general, el código señala, de forma individual, las liberalidades exentas de colación¹¹⁷.

¹¹⁵ *Op. Cit.*, C., LASARTE, C. p. 360-366

¹¹⁶ *Op. Cit.*, C., ALBADALEJO, M. p. 185-190

¹¹⁷ *Op. Cit.*, C., DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., p. 525-529

También se puede expresar como regla general, la obligación de los legitimarios de colacionar las liberalidades recibidas en vida del causante y, en contraposición, la no colacionabilidad de ciertos gastos.

En primer lugar, no se entenderá sujeto a colación lo dejado en el propio testamento si el testador no dispusiese lo contrario, quedando a salvo las legítimas (Art. 1037 CC). Esto se fundamenta en que cuando la mencionada atribución se hace en el propio testamento no se está anticipando nada.

En segundo lugar, los gastos hechos para dar a los hijos una carrera artística o profesional solo se colacionarán si perjudicasen a la legítima o bien si el progenitor así lo dispusiese (Art. 1042 CC).

En tercer lugar, se excluye de traer a colación los gastos de alimentos, educación y curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, equipo ordinario y regalos de costumbre (Art. 1041 CC). La L41/2003 ha añadido a esta liberalidad exenta, “*los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad*”. Se entrará a analizar y valorar esta modificación introducida en el próximo epígrafe.

Una vez aclarados los presupuestos necesarios atañe señalar que la colación tendrá lugar tanto en la sucesión testamentaria como en la sucesión *ab intestato* o intestada. Evidentemente, en la sucesión testada los legitimarios podrán haber sido llamados a partes desiguales mientras que en la *ab intestato* los legitimarios concurrirán a partes iguales.

A continuación, es preciso abordar a tipología de ésta figura jurídica. La colación puede practicarse mediante dos sistemas completamente diferentes. Por un lado, la colación se podrá realizar mediante la aportación *in natura*, es decir de los bienes o derechos recibidos.

Por otro lado, la colación se podrá realizar a través de la *deducción o imputación contable*¹¹⁸. En este último supuesto el heredero recibirá una menor masa hereditaria, puesto que se le deducirá el valor de lo que el causante le había entregado en vida.

Si bien el primero de los preceptos que regula la colación parece decantarse por el sistema de aportación *in natura* nuestro CC se decanta finalmente por el sistema de imputación

¹¹⁸ *Op. Cit.*, C., LASARTE, C. p. 360-366

contable. El artículo 1045 CC es tajante a la hora de señalar el sistema de imputación contable como único sistema para realizar la colación al señalar que *no se deberán traer a colación y partición los bienes donados, sino su valor en el tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios*.

Tanto en su redacción actual como en su redacción originaria, la posición de nuestro código civil ha sido uniforme, al decantarse por el sistema de imputación contable.

Sobre el asunto se ha pronunciado el Tribunal Supremo señalando que *“mantiene unánimemente la doctrina y la jurisprudencia que la colación consiste en una aportación contable o por imputación”* y que las compensaciones que tengan que realizar recíprocamente los coherederos se satisfarán contablemente o por medio de compensaciones en metálico, *“pero de ninguna manera mediante la aportación de bienes in natura”*¹¹⁹.

8.2. Cambios introducidos por la ley 41/2003

Como se ha expuesto en el epígrafe anterior, la obligación de los legitimarios de colacionar las liberalidades recibidas en vida del causante constituye la regla general. En contraposición, nuestro Código determina la no colacionabilidad de ciertos gastos que enumera de forma individual (1037, 1041 y 1042 CC).

Pues bien, con esta obligación de colacionar todo lo que se hubiera recibido a título lucrativo en vida del causante, se procura fomentar el principio de igualdad entre los coherederos en la partición hereditaria. Así, mediante el sistema de imputación contable acogido por nuestro CC, se suma al caudal hereditario el valor de los bienes recibidos a título gratuito, siempre y cuando el causante no lo hubiese excluido expresamente.

En la redacción original del artículo reformado, el 1041 CC, se enumeraban una serie de gastos que quedaban dispensados del deber de colación. En esta enumeración se encontraban, los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque fuesen extraordinarios, aprendizaje, equipo ordinario y los regalos de costumbre.

En la Ley 41/2003 se añadió al mencionado precepto un segundo párrafo. Este párrafo añadido establece que los gastos realizados por los padres o ascendientes para cubrir las necesidades especiales de los hijos o descendientes con discapacidad también estarán

¹¹⁹ STS 17 marzo 1989

exentos de colación. La voluntad del legislador, atendiendo a la exposición de motivos¹²⁰, consiste/radica en que cualquier disposición patrimonial que se realice para cubrir las necesidades especiales de los descendientes que padecen algún tipo de discapacidad, por parte de cualquiera de sus ascendientes, no sean colacionables.

Respecto a este precepto reformado es conveniente realizar unas precisiones.

En cuanto a la primera precisión, la doctrina, de forma pacífica, no percibe/considera los gastos comprendidos en el 1041 CC como una excepción a la regla general de colacionar las liberalidades hechas en vida del causante. No se consideran liberalidades por que se realizan para satisfacer la obligación alimentista/ de facilitar los alimentos, bien por la minoría (menor edad) del alimentista o bien por su especial situación de necesidad¹²¹.

En segundo lugar, en este marco es importante entender que el artículo 1041 CC no pretende fijar minuciosamente unas categorías cerradas de lo que no es colacionable, sino que pretende encaminar u orientar el carácter colacionable o no colacionable de determinados gastos en los supuestos que se plantean en la realidad.

Por último, con esta modificación, se introducen dos novedades. Una de ellas es la mención expresa de que los gastos no colacionables serán aquellos realizados tanto por los padres como los ascendientes. Y, la segunda, es la inclusión de los gastos pretendan cubrir las necesidades especiales de quienes padecen dicha discapacidad en la categoría de no colacionables. Estas novedades introducidas tienen diferentes consecuencias prácticas sobre las cuales se ha pronunciado la doctrina.

8.3. Valoración de la doctrina

En primer lugar, se va a analizar las consecuencias y, correspondiente valoración de la doctrina, de las novedades introducidas

En primer lugar, se analizará la novedad relativa a la no sujeción a colación de gastos hechos por padres y ascendientes ulteriores.

Por muy simple que parezca esta novedad, el referirse a los gastos no sólo de los padres sino de también de los realizados por cualquier ascendiente ulterior, elimina muchas dudas que se plantean en la realidad en que vivimos.

¹²⁰ Exposición de motivos apartado VII, e) de la Ley 41/2003

¹²¹ *Op. Cit.*, C., DÍAZ ALABART, S., p. 1-53

El artículo 1038 CC regula la sucesión de los nietos a sus abuelos. Cuando el nieto sucede al abuelo en representación del padre, deberá colacionar todo lo que el padre hubiese colacionado si viviese, aunque no le hubiera heredado. Los nietos también deberán colacionar lo recibido en vida de su abuelo, a no ser que el abuelo hubiese establecido lo contrario y, siempre y cuando, no perjudicase la legítima de los coherederos.

Si cuando se produce la sucesión del abuelo, no vive el descendiente intermedio (hijo de éste que es a su vez padre del nieto discapacitado), el nieto discapacitado no tendría que colacionar los gastos que el abuelo hizo para cubrir sus necesidades.

Sin embargo, si en la sucesión del abuelo vive el descendiente intermedio, se plantea la duda de si el padre debe colacionar esos gastos. Con la regulación del 1038 estas dudas quedarían sin respuesta. Pues bien, gracias a esta precisión o novedad introducida, se eliminan esas dudas y se dispone que, independientemente de quién hubiese soportado los gastos, padre o abuelo, éstos se excluyen de la obligación de colacionar cuando pretendan cubrir las necesidades de un descendiente discapacitado.

En segundo lugar, se analizará la novedad relativa a las necesidades especiales de los hijos o descendientes con discapacidad.

Como se ha explicado, La no colacionabilidad de los gastos del texto originario se fundamenta en que no son liberalidades por satisfacer la obligación legal de alimentos ¹²².

Por ello, si existen esos deberes respecto de hijos y descendientes que no sufren una discapacidad, deberán existir también y, en mayor cuantía, respecto de quienes padezcan una discapacidad. En ese supuesto, los gastos estarán adaptados a esas necesidades especiales derivadas de su circunstancia particular.

En la redacción originaria, se excluían los gastos para la curación de enfermedades, aunque éstas fuesen extraordinarias. Dentro de esta categoría se podría entender incluidos los gastos que cubren las necesidades especiales de los discapacitados. Es por ello por lo que, parte de la doctrina, ha apuntado a que esta precisión ampliativa resultaba innecesaria. Esta línea doctrinal señala que las deficiencias físicas y psíquicas no dejan de ser enfermedades, aunque sean permanentes¹²³. Además, sustentan esa falta de

¹²² *Op. Cit.*, C., DÍAZ ALABART, S., p. 1-53

¹²³ *Op. Cit.*, C., LA CRUZ, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., p. 140-147

necesidad en que, en la práctica, que ya se venía haciendo una interpretación amplia de los mencionados gastos y, además, ni siquiera existe jurisprudencia menor en contrario y ni pronunciamiento alguno del Tribunal Supremo.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina opina que esta novedad introducida era necesaria.

En primer lugar, defienden que no es correcto utilizar la categoría de gastos de enfermedades excepcionales para imputar los gastos que tratan de cubrir las necesidades especiales. Los gastos de educación, alimentos y curación de enfermedades de un discapacitado suelen ser más elevados que los de un no discapacitado¹²⁴. sin embargo, ello no significa que se les esté dando más prestaciones, sino que para darles unas prestaciones equivalentes a lo que los no discapacitados recibiría, se necesita realizar un mayor gasto. Se enfatiza que los discapacitados más que tener necesidades especiales, tienen especiales dificultades para cubrir sus necesidades.

En segundo lugar, esta novedad cierra cualquier duda o controversia sobre si dichos tratamientos, cuidados o educación especial que se presten al discapacitado deben ser traídos a colación o no. Además, el hecho de que el precepto hable de “cualquier gasto” permite incluir gastos que con la anterior redacción no tenían, como sería un vehículo adaptado especialmente para las necesidades del discapacitado¹²⁵.

Si bien esto es cierto, la doctrina ha reprochado que el precepto olvide a otros discapacitados legitimarios. Se discute por qué no se ha extendido la no colacionabilidad de estos gastos, para los casos en que el discapacitado sea cónyuge o ascendiente del causante.

Si bien el primer párrafo cumple un papel propio al incluir *hijos o descendientes*, en el segundo párrafo se podría haber ampliado para *cualquier legitimario discapacitado* puesto que la discapacidad genera la misma necesidad de unos gastos extraordinarios.

En conjunto, como se puede comprobar, **esta medida ha tenido una buena acogida entre la doctrina**. La doctrina ha subrayado que con esta medida verdaderamente se consigue el favorecimiento efectivo del discapacitado ya que, dependiendo del tipo de

¹²⁴ *Op. Cit.*, C., DÍAZ ALABART, S., p. 1-53

¹²⁵ *Op. Cit.*, C., DÍAZ ALABART, S., p. 1-53

discapacidad y grado sufrido, los gastos que traten de cubrir estas necesidades pueden llegar a ser sumamente elevados¹²⁶.

8.4. Valoración de la jurisprudencia

No existen pronunciamientos jurisprudenciales respecto a la no colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades del discapacitado.

En cambio, existe jurisprudencia respecto de las nociones y características que rodean al concepto de colación. Especialmente sobre la línea doctrinal y jurisprudencial que se inclina por la imputación contable y rechaza encarecidamente la colación por aportación de bienes in natura¹²⁷.

¹²⁶ *Op. Cit.*, NATIONAL INSTITUTE OF HEALTH, p. 406-414

¹²⁷ STS(sala 1º) 17 MARZO 1989 núm. 23/1989. La ley digital

9. CONCLUSIONES

El siglo XX la ONU comenzó una labor para otorgar visibilidad y ofrecer mayores niveles de integración a las personas que padecen algún tipo de discapacidad, ya sea, física, sensorial o intelectual. Gracias a esta iniciativa, la Unión Europea se ha propuesto, entre sus principales objetivos, el establecimiento de una política común en materia de discapacidad para todos los Estados miembros. Hasta que se consolide ese marco jurídico común queda un largo camino por recorrer.

Hasta el año 2003 el poder legislativo español no había promulgado ninguna Ley que abordase la protección patrimonial de este colectivo. En el año 2003, declarado año europeo del discapacitado, se aprobó la Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad. Ésta constituye la norma que en mayor medida ha contribuido a crear instrumentos de protección de las personas con discapacidad, desde el punto de vista jurídico-privado. La importancia de regular el ámbito patrimonial de este colectivo radica en que uno de los elementos que más repercuten en el bienestar de las personas con discapacidad, es la existencia de medios económicos a su disposición que les permitan satisfacer sus específicas necesidades vitales. Aunque una parte de esos medios debe ser proporcionada por los poderes públicos, una parte importante procede de la propia persona con discapacidad o de su familia.

En esta esfera patrimonial, la Ley 41/2003 introduce cinco las modificaciones en materia hereditaria. Sin lugar a dudas, una de esas modificaciones ha tenido una repercusión trascendental en nuestro sistema jurídico: el gravamen de la legítima estricta mediante una sustitución fideicomisaria a favor del incapacitado.

Esta medida ha alterado sustancialmente nuestro sistema jurídico. El hecho de gravar la legítima estricta desnaturaliza la misma, y altera el sistema de legítimas, que hasta entonces nunca había sido modificado. La doctrina ha criticado esta modificación con dureza, al considerar que desequilibra el sistema consolidado de legítimas, sin suponer, a efectos prácticos, una ventaja significativa para el discapacitado. La jurisprudencia no se ha pronunciado sobre la adecuación de la norma y ha reconocido al incapaz fiduciario la facultad de disponer sobre los bienes fideicomisos bajo determinadas circunstancias.

La segunda modificación, de las cinco introducidas, con mayor repercusión ha sido la ampliación de los poderes delegados al cónyuge supérstite. En concreto, la doctrina ha denunciado que esta reforma supone la inclusión en nuestro ordenamiento jurídico de la

figura del testamento por comisario. La jurisprudencia, en contraposición a la doctrina, ha rechazado que dichas facultades sean equiparables a las comprendidas en un testamento por comisario. Asimismo, se ha inclinado por interpretar con carácter restrictivo las facultades encomendadas al cónyuge de mejorar y distribuir el caudal hereditario entre sus hijos o descendientes comunes.

En relación a la constitución de causa de indignidad por no haber prestado al discapacitado las atenciones debidas, la doctrina se ha mostrado más pacífica. Si bien ha compartido el fundamento, ha reprochado la forma en que el legislador ha formulado esta causa por dejar abiertas algunas cuestiones. La jurisprudencia ha acogido esta modificación inclinándose por una interpretación restrictiva de las causas de indignidad.

En cuanto a la donación o legado del derecho de habitación constituido a favor del discapacitado, han sido objeto de reconocimiento por parte de la doctrina. Ésta ha destacado las diferentes ventajas de este legado especial, al que reconoce el mérito de contemplarse para todos los legitimarios discapacitados, lo cual no ocurre en el resto de modificaciones que se reservan a los hijos o descendientes discapacitados. La jurisprudencia ha reconocido la necesidad primordial del disfrute de la vivienda que esta modificación pretende respecto de los discapacitados. A su vez, ha advertido que, si bien los protege, constriñe los derechos de los colegitimarios y por ello, ha abogado por conjugar todos los intereses presentes e interpretar dicho legado o donación de forma restrictiva.

La última medida introducida es la exención de colación de los gastos de los descendientes discapacitados. La doctrina ha sido unánime al reconocer el acierto de esta medida que permite que no se colacionen los gastos hechos para cubrir las necesidades del discapacitado, que como se ha visto, tienden a ser significativos.

El análisis exhaustivo de la legislación anterior, las modificaciones introducidas y la opinión de la jurisprudencia y de la doctrina al respecto ha permitido apreciar que las modificaciones introducidas por la Ley 41/2003, a excepción de las dos últimas, no han tenido un amplio recibimiento. En particular, a pesar del elogiado objetivo de la Ley ilustrado en la Exposición de motivos, se ha observado que los cambios no suponen el gran avance que pretendía ser y, en casos como en el de la sustitución fideicomisaria, han dejado a su paso más cuestiones que soluciones.

A pesar ello, es conveniente reconocer el mérito de las medidas que en cambio sí han supuesto un avance en la lucha por los derechos de este colectivo, como la exención de colación de los gastos que cubren las necesidades. Los errores son mecanismos de aprendizaje que llevan al éxito. En este marco, los fracasos de esta Ley guiarán a los futuros legisladores en la búsqueda de nuevos mecanismos que satisfagan y protejan los derechos de todos aquellos con diferentes capacidades.

10. BIBLIOGRAFÍA

10.1. Legislación

10.1.1. Comunitaria

- Resolución del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, 20 de diciembre de 1996, sobre la Igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad
- Resolución del Consejo, de 17 junio de 1999, relativa a la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalía
- Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, 12 de mayo de 2000, Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad
- Decisión del Consejo, de 27 noviembre de 2000, por la que se establece un programa de actuación comunitario para luchar contra la discriminación
- Directiva del Consejo de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación
- Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, hacia un instrumento jurídicamente vinculante de las Naciones Unidas para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad

10.1.2. Nacional

- Ley de Integración Social del minusválido, de 30 abril 1982
- RD 23 de diciembre de 1999, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, modificado por el RD de 20 febrero de 2004
- Ley de 2 diciembre de 2003 de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad
- 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

- Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
- Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

10.2. Jurisprudencia

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9ª), Sentencia núm. 120/2017 de 17 Mar. Rec. 1006/2016.
- STS (Sala Primera, de lo Civil) Sentencia 17 Julio 1991. La Ley 2755/1991
- SAP Coruña (Sección 5ª) Sentencia núm. 270/2017 de 13 octubre. Rec. 578/2016.
- STS (Sala primera, de lo Civil), Sentencia núm. 13 de 25 de abril de 1981. Rec. 38/1981
- SAP Albacete de 1 febrero núm. 23/2017, LA LEY DIGITAL

10.3. Obras doctrinales

- ALBADALEJO, M., *Curso de Derecho Civil V Derecho de Sucesiones*, Edisofer, 2008, p. 185-190
- DE LOS MOZOS, J.L., “La colación”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1965
- DÍAZ ALABART, S., “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, no 3, 2006, p. 1-53
- DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 525-529
- LA CRUZ, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil V Sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 140-147
- LASARTE, C., *Derecho de Sucesiones Principios de Derecho Civil VII*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 360-366
- LÓPEZ NAVARRO, J., “Mecanismos sucesorios de protección del discapacitado”, *Jornadas sobre la nueva ley de protección patrimonial de discapacitados*, 2005, p. 1-16
- MARTI PEREZ, J. A., *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Editorial La Ley, Madrid, 2011, p. 53

- MARTIN CALERO, C. , *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, p. 1-54
- PASTOR ALVAREZ, M.C., “Una nueva estrategia legal ante la discapacidad: la protección patrimonial de las personas discapacitadas”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, no 20, 2004, p. 1-19
- PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: las soluciones del derecho civil*, Dykinson, 2006, p. 27-40
- RUIZ DE HUIDOBRO, J. M. Y CORRIPIO, M.R., *Manual de Derecho Civil. Parte General*, Dykinson, 2012, p.55-70
- SANZ VIOLA, A. M., “El derecho de habitación legal a favor del discapacitado”, *Actualidad Civil*, no. 2, 2009, pág. 144
- SERRANO GARCÍA, I., *Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre*, Revista del notariado, Madrid, 2004, p. 231-271

10.4. Otros

- NATIONAL INSTITUTE OF HEALTH, *La salud en personas con discapacidad intelectual en España: estudio europeo POMONA-II*, Revista de Neurología, vol. 53, No. 7, 2011, p. 406-414
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, “Realización de los Objetivos de Desarrollo del Milenio para las personas con discapacidad mediante la aplicación del Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Informe del Secretario General*, tema 63 del programa provisional, no A/64/180, 2009, p. 1-18
- CONSEJO ECONOMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS, “Incorporación de la discapacidad en el programa de desarrollo”, *Informe del Secretario General*, tema 3 b) i) del programa provisional, no E/CN.5/2010/6, 2010, p. 1-20
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, “El empleo de las Personas con Discapacidad”, *Notas de prensa*, 2015, p. 1-26

- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad*, Grupo de Evaluación, Clasificación y Epidemiología, Ginebra, 1999, p. 1-11
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad*, Grupo de Evaluación, Clasificación y Epidemiología, Ginebra, 1999, p. 1-11