



FACULTAD DE DERECHO

PROTECCIÓN JURÍDICA DEL LEGITIMARIO CON DISCAPACIDAD EN DERECHO SUCESORIO ESPAÑOL

Autora: María Luisa Moreno de Tejada

5º E3 C

Derecho Civil

Tutora: María Reyes Corripio Gil – Delgado

Madrid
Abril de 2024

RESUMEN

La discapacidad es un aspecto relevante que afecta a una considerable parte de la población y conlleva limitaciones en el ejercicio de los derechos y libertades individuales. En este contexto, el legislador con la Ley 41/2003 y Ley 8/2021 pretende proporcionar mecanismos que garanticen la protección de las personas con discapacidad en diferentes aspectos de la vida cotidiana. En concreto, este trabajo se centra en estudiar el modo en el que se ha integrado la protección de las personas con discapacidad en el ámbito sucesorio y analizar la sustitución fideicomisaria y el derecho real de habitación que se constituyen en favor del legitimario con discapacidad.

Palabras clave: legitimario, personas con discapacidad, protección patrimonial, sucesiones, sustitución fideicomisaria y derecho de habitación.

ABSTRACT

Disability is a relevant aspect that affects a considerable portion of the population and entails limitations in the exercise of individual rights and freedoms. In this context, the legislator with Law 41/2003 and Law 8/2021 aims to provide mechanisms that ensure the protection of people with disabilities in various aspects of everyday life. Specifically, this work focuses on studying how the protection of people with disabilities has been integrated into the succession field and analyzing the fideicommissary substitution and the right of habitation that are established in favor of the disabled legitimate heir.

Keywords: legitimate heir, people with disabilities, asset protection, successions, fideicommissary substitution and right of habitation.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	6
1. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA	6
2. OBJETIVOS	7
3. METODOLOGÍA	7
4. ESTRUCTURA DEL TRABAJO.....	8
CAPITULO I. EL CARÁCTER TRANSVERSAL DE LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD Y SU APLICACIÓN EN DERECHO DE SUCESIONES	9
1. CONCEPTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD Y SU APLICACIÓN EN EL DERECHO DE SUCESIONES	9
2. LEGITIMARIOS Y LEGÍTIMA EN EL DERECHO SUCESORIO ESPAÑOL... 16	
CAPITULO II. SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO EN FAVOR DEL LEGITIMARIO CON DISCAPACIDAD	23
1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO	23
2. FIDEICOMISO DE RESIDUO	25
3. REQUISITOS	27
CAPITULO III. DERECHO REAL DE HABITACIÓN EN FAVOR DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD.....	31
1. EL DERECHO REAL DE HABITACIÓN Y SUS CARACTERÍSTICAS	31
2. MODALIDADES DEL DERECHO DE HABITACIÓN EN FAVOR DEL LEGITIMARIO CON DISCAPACIDAD	32
2.1 Atribución voluntaria: la donación o legado del derecho de habitación	33
2.2 Atribución legal.....	35
CONCLUSIONES.....	37
BIBLIOGRAFÍA.....	39
ANEXOS.....	39

LISTADO DE ABREVIATURAS

AP Audiencia Provincial

Art./Arts. Artículo/artículos

BOE Boletín Oficial del Estado

CC Código Civil, de 24 de julio de 1889

CDPD Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

CE Constitución Española

SAP Sentencia de la Audiencia Provincial

STC Sentencia del Tribunal Constitucional

STS Sentencia del Tribunal Supremo

TC Tribunal Constitucional

TS Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

1. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

El Derecho sucesorio español particularmente a través de la Ley 41/2003¹ contiene diversas previsiones que protegen al legitimario con discapacidad, en especial, la posibilidad de constituir en su favor un fideicomiso de residuo y el derecho real de habitación. La excepcionalidad de estas previsiones viene justificada por la necesidad de asistir económicamente al discapacitado, no sólo por parte del Estado o de su familia, sino también a través de su propio patrimonio, y se insertan dentro de un contexto general de búsqueda de remedios eficaces para que las personas con discapacidad puedan acceder a mejores condiciones.

Se trata de una norma moderna que se entiende conforme a los principios constitucionales contenidos en el art. 49 CE, el cual promueve el ejercicio libre e igualitario de los derechos de las personas con discapacidad, la creación de una regulación especial que garantice la protección de sus derechos y la asistencia de los poderes públicos para impulsar medidas que aseguren su independencia y participación en la sociedad. Asimismo, los preceptos contenidos en la Ley 41/2003 se interpretan según lo establecido en la CDPD², la cual, en su Preámbulo, resalta la necesidad fomentar y proteger los derechos y garantías de las personas con discapacidad, la importancia de incluir estrategias que les involucren en la sociedad para su correcto desarrollo y reconoce su autonomía y libertad para tomar sus propias decisiones.

En este sentido, existe una tendencia en la legislación actual que identifica la necesidad de fomentar entre las personas con discapacidad el ejercicio efectivo de sus derechos mediante la implantación de políticas y medidas que les beneficien³.

En este aspecto, el Derecho sucesorio español ha sido objeto de diversas reformas, de las cuales se destaca la promulgación de la Ley 41/2003, la cual contiene mejoras singulares sobre los

¹Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad («BOE» núm. 277, de 19 de noviembre de 2003).

² Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 («BOE» núm. 96, de 21 de abril de 2008).

³Algaba Ros, S., “Condición y modo testamentario para favorecer el cuidado del descendiente mayor de edad en situación de discapacidad” en Cañizares Laso, A. (dir.), Diéguez Oliva, R. (coord.), *Condiciones y negocios jurídicos mortis causa*, Tirant lo Blanch, 2023, p. 20.

derechos y garantías de las personas con discapacidad. Asimismo, la Ley 8/2021⁴, por un lado, reformula las medidas introducidas por la Ley 41/2003 y, por otro lado, atiende los aspectos patrimoniales de las personas en situación de discapacidad y se centra en aquellos asuntos relacionados con su vida personal y ordinaria.

A tales efectos, el presente trabajo realiza un estudio de la protección jurídica del legitimario con discapacidad en Derecho sucesorio español y de las instituciones que protegen sus garantías y derechos patrimoniales.

2. OBJETIVOS

Los objetivos principales del presente trabajo consisten en:

1. Señalar cómo se ha integrado la protección de las personas con discapacidad en el Derecho sucesorio español
2. Analizar la figura del fideicomiso en favor del legitimario con discapacidad, identificar sus fortalezas y aspectos controvertidos
3. Valorar la regulación del derecho real de habitación del legitimario con discapacidad a las necesidades de vivienda y la coexistencia de derechos sobre la vivienda habitual

En conclusión, el trabajo examinará la actual esfera de protección del legitimario con discapacidad en Derecho sucesorio español y sus instituciones de apoyo.

3. METODOLOGÍA

Con el fin de lograr los objetivos propuestos, se realizará una revisión de la legislación, jurisprudencia y doctrina relevante en materia de sucesiones de las personas con discapacidad, lo que permitirá conocer y comprender las medidas que garantizan la protección patrimonial del legitimario con discapacidad.

En cuanto a las fuentes de información utilizadas, se han consultado manuales de derecho, artículos doctrinales y jurisprudencia disponibles en plataformas en línea como *Dialnet*,

⁴ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica («BOE» núm. 132, de 03 de junio de 2021).

Aranzadi, Tirant, CENDOJ y Google Scholar. Respecto a la legislación utilizada, se ha recurrido a la página web oficial del BOE.

4. ESTRUCTURA DEL TRABAJO

El presente trabajo se estructura en cinco bloques. En primer lugar, se realiza una introducción, en la que se justifica la importancia del tema elegido, se presentan los objetivos a cumplir y se expone la metodología utilizada.

El segundo bloque, consta del primer capítulo en el que se realiza una aproximación sobre el concepto de persona con discapacidad, su consideración en Derecho sucesorio español y se examina el sistema de legítimas impuesto en el ordenamiento jurídico.

Con respecto al tercer bloque, se analiza la figura de apoyo que conforma la sustitución fideicomisaria en favor del legitimario con discapacidad, estudiando su naturaleza jurídica, las condiciones necesarias para su constitución y se presenta el fideicomiso de residuo. Asimismo, el cuarto bloque versa sobre la existencia del derecho real de habitación que se constituye para beneficiar a la persona con discapacidad, se establecen sus principales características y las modalidades para su atribución.

Finalmente, se formulan las conclusiones pertinentes sobre el contenido expuesto y la bibliografía y anexos contienen la literatura que se ha consultado en el trabajo.

CAPITULO I. EL CARÁCTER TRANSVERSAL DE LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD Y SU APLICACIÓN EN DERECHO DE SUCESIONES

Antes de analizar la protección jurídica del legitimario con discapacidad en materia de sucesiones, es esencial revisar determinados aspectos generales para comprender correctamente el tema en cuestión. Por ello, en el presente capítulo se realiza un estudio sobre el concepto de persona con discapacidad, su relevancia en el Derecho de sucesiones, el sistema de legítimas actual y se abordará el principio de intangibilidad de la legítima.

1. CONCEPTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD Y SU APLICACIÓN EN EL DERECHO DE SUCESIONES

El concepto de discapacidad ha sido muy debatido y ha ido evolucionando a lo largo de los años. Las personas con discapacidad han pasado de ser ignoradas y marginadas a tener una participación activa y plena en la sociedad⁵. En particular, en las culturas antiguas se consideraba que a los discapacitados les había impuesto un castigo divino y suponían un peligro para la sociedad y, por consiguiente, eran perseguidos y aislados por el resto. Sin embargo, esta concepción se fue actualizando y alrededor del siglo XV fueron apareciendo las primeras instituciones manicomiales, pero, como indica su nombre, estas medidas de apoyo seguían presentándose desde una perspectiva de rechazo⁶.

Aunque en el siglo XVIII ya se aceptaba universalmente que el discapacitado necesitaba la asistencia por parte de terceros ofreciéndole, por ejemplo, un trabajo o una instrucción profesional, y no tanto limosnas, este colectivo seguía siendo discriminado por la sociedad. A partir del siglo XX, las personas con discapacidad empezaron a ser aceptadas e integradas plenamente en la sociedad, creándose un clima de respeto hacia su condición humana⁷. Como consecuencia de este cambio de mentalidad, los gobiernos comienzan a crear los primeros centros de educación especial, pero este excesivo paternalismo por parte del Estado supone un refuerzo a la dependencia y discriminación hacia este colectivo⁸.

⁵Seoane, J. A., “¿Qué es una persona con discapacidad?”, *Ágora*, vol. 30, n. 1, 2011, p. 144.

⁶Argibay Antepazo, M. (2022). *La protección patrimonial de las personas con discapacidad psíquica* (Trabajo de Fin de Grado, Facultad de Derecho de la Universidad de León), p. 10.

⁷Seoane, J. A., *op.cit.*, p. 145.

⁸Argibay Antepazo, M. (2022), *op. cit.*, p. 10.

Por ello, no va a ser hasta bien entrado el siglo XX, cuando aparecen las primeras asociaciones creadas por personas en situación de discapacidad y sus familiares, con el objetivo de defender sus derechos. En consecuencia, este colectivo comienza a cobrar mayor importancia en la vida política. Concretamente, en 1982 se aprueba en España la Ley de Integración Social del Minusválido, que actualmente recibe el nombre de Real Decreto Legislativo 1/2013⁹ y, por primera vez, se realiza el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad e impone la obligación de integrar un 2% de personas con discapacidad en el total de plantillas de trabajadores con más de 50 empleados¹⁰.

Con medidas como las cuotas de reserva de empleo en favor de los trabajadores con discapacidad, recogida en el Real Decreto 364/2005¹¹, se refleja el esfuerzo y empeño del legislador español por facilitar la empleabilidad de las personas con discapacidad, tratando de eliminar o reducir las dificultades que tienen en el acceso al empleo.

En línea con lo establecido, el Estado tiene la obligación de cumplir una serie de funciones relacionadas con la protección de las personas con discapacidad. En primer lugar, debe reconocer de manera explícita la responsabilidad de los poderes públicos de garantizar a este colectivo el ejercicio de los derechos constitucionales. En segundo lugar, el Estado debe ofrecer al sector privado los recursos necesarios para satisfacer las necesidades de los discapacitados, mediante medidas de promoción y apoyo. Finalmente, todo esto debe realizarse bajo el amparo del principio de subsidiariedad y, por ello, los poderes públicos deben intervenir en aquellos aspectos en los que la iniciativa privada haya demostrado ser insuficiente¹².

En el año 2006 se celebra la CDPD, en la que se discutió sobre los aspectos más controvertidos y se introdujeron medidas de apoyo dentro del ámbito de la discapacidad. En esta convención,

⁹ Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social («BOE» núm. 289, de 03 de diciembre de 2013).

¹⁰ Argibay Antepazo, M. (2022), *op. cit.*, p. 10.

¹¹ Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad («BOE» núm. 94, de 20 de abril de 2005).

¹² López Burniol, J. J., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”, *Academia Matritense del Notariado*, 2003, p. 440.

se apuesta por un modelo que integre, fomente y proteja los derechos de las personas que sufren algún tipo de discapacidad, reconociendo su autonomía en la toma de decisiones¹³.

La CDPD supone una norma básica en materia de discapacidad y en su Preámbulo reconoce que el concepto de discapacidad se encuentra en una constante evolución y que es resultado, por un lado, de la interacción entre aquellas personas que sufren algún tipo de discapacidad y, por otro lado, de las barreras que dificultan o impiden su participación activa y plena en la sociedad. Asimismo, se limita a describir las repercusiones que conlleva el tener una discapacidad y denuncia las constantes situaciones de discriminación¹⁴.

Así pues, el párrafo segundo del art. 1 de la CDPD establece que las personas con discapacidad son aquellas con cualquier tipo de deficiencia a nivel físico, mental, intelectual o sensorial a largo plazo y que, en igualdad de condiciones con el resto, al interactuar con determinados obstáculos se les impida participar en la sociedad¹⁵. De esta manera, se impone en el ordenamiento jurídico español un sistema cuya base nace en el respeto a la voluntad de las personas con discapacidad, eliminando el modelo anterior basado en la sustitución a la hora de tomar decisiones¹⁶.

La CDPD implica un cambio radical en la concepción de la discapacidad, ya que, no la considera como una enfermedad o un error, como se había hecho anteriormente, sino como un elemento de diversidad de la persona. Además, modifica la compasión por la promoción de la dignidad y libertad de las personas con discapacidad, donde el Estado tiene la obligación de contemplar las particularidades de cada persona para que éstas puedan ejercer de forma efectiva e independiente sus derechos y libertades en las mismas condiciones que el resto.¹⁷

Asimismo, según la Real Academia Española, etimológicamente, el término discapacidad proviene del latín *dis*, que se refiere a la negación o contrariedad, y *capacitas*, que significa ser

¹³ García Pons, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España”, *Anuario de Derecho civil*, vol. 66, n. 1, 2013, p. 62.

¹⁴ Marín Calero, C., *La herencia a favor de un hijo con discapacidad intelectual*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 11-12.

¹⁵ García Pons, A., *op.cit.*, p.62.

¹⁶ Donado Vara, A., “Recientes novedades en materia de discapacidad y derecho de habitación”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.19, 2023, p. 165.

¹⁷ Barba, V., “El art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006” en De Verda y Beamonte, J. R. (dir.), Chaparro Matamoros, P., Bueno Biot, A. (coord.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, 2022, p. 31.

capaz o apto para realizar un trabajo o acción. Por lo tanto, la discapacidad hace referencia a la ausencia de la capacidad necesaria para desempeñar una actividad concreta¹⁸.

Por su parte, el Real Decreto Legislativo 1/2013, en el primer punto de su art. 4 establece que: “*Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás*”.¹⁹ Como se puede observar, recoge una definición muy similar a la expuesta en la CDPD, con la particularidad de que en el segundo apartado del mismo artículo, se hace referencia a un percentil concreto que determina la discapacidad. En concreto, se establece que son personas con discapacidad aquellas con un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento²⁰.

Asimismo, la Ley 41/2003 en su art. 2.2, considera que son personas con discapacidad aquellas con una minusvalía psíquica de, al menos, el 33 por ciento o con una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento²¹. Así pues, se establece la obligación de que el grado de discapacidad deberá estar acreditado por una resolución judicial o certificado oficial²².

Parece evidente destacar que el número de colectivos que se incluyen dentro del concepto de discapacidad es muy amplio, por lo que, supone casi imposible llevar a cabo un tratamiento unitario y surge la necesidad de hacer una distinción para facilitar el estudio. Por lo tanto, la clasificación básica de los diferentes colectivos es la siguiente: discapacidad física, discapacidad sensorial (auditiva o visual) y discapacidad psíquica (por déficit intelectual, por trastorno o anomalía mental).²³

¹⁸Aristizábal Gómez, K., “Cuando hablamos de discapacidad, ¿de qué hablamos? Una revisión teórica y jurídica del concepto”, *Civilizar: Ciencias Sociales y Humanas*, vol. 21, n. 40, 2021, p. 61.

¹⁹ Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social («BOE» núm. 289, de 03 de diciembre de 2013)

²⁰ Iturri Garate, J. C., “Concepto jurídico de discapacidad”, *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de los Social de Jueces y Jueces para la Democracia*, n. 219, 2021, pp. 14-15.

²¹ Botello Hermosa, P. I., “Capítulo I. Introducción”, *Mecanismos mortis causa de protección de las personas con discapacidad*, Ediciones Olejnik, 2021, p. 18.

²² Botello Hermosa, P. I., “Importantes incertidumbres jurídicas que en la actualidad sigue planteando la Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad en el ámbito del derecho sucesorio español”, *Anuario de derecho civil*, vol. 71, n. 2, 2018, p. 365.

²³ Santos Urbaneja, F., “Evaluación de la aplicación de la Ley 8/2021 de 2 de junio de reforma del Código Civil para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica” en Ortega Burgos, E., Echevarría de Rada, T. (dir.), Rodríguez Rodríguez, D. M., Winkels Arce, I., Antequera Medina, S., Zabalgo, P., Criado Inchauspe, A., Antón Juárez, I. (coord.), *Derecho de Familia 2023*, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 290-291.

En cuanto a la discapacidad física, consiste en la dificultad para caminar, para la manipulación de objetos y coordinación de movimientos, lo que conlleva una significativa restricción para moverse y utilizar brazos y manos. Generalmente, esta modalidad requiere la asistencia de otra persona o de algún instrumento como, por ejemplo, sillas de ruedas o prótesis y, por lo tanto, limita el desempeño motor del individuo²⁴.

En relación con la discapacidad sensorial, se distingue, por un lado, la discapacidad sensorial auditiva, que implica la ausencia total o reducción parcial en la capacidad auditiva y, por otro lado, la visual, que se refiere a la falta o deterioro de la vista, incluyendo desde la baja de visión hasta la ceguera. Finalmente, la discapacidad psíquica se caracteriza por tener un déficit o enfermedad mental y se destaca la discapacidad intelectual, la cual presenta limitaciones en la vida cotidiana como, por ejemplo, en el aprendizaje, adaptación, inteligencia emocional o concentración²⁵.

Así pues, aunque las personas con discapacidad conforman un colectivo muy heterogéneo, todas tienen a su alcance medidas y garantías que les permiten ejercer sus derechos y participar en la sociedad en igualdad de condiciones. Sin embargo, hasta la publicación de la Ley 41/2003, aquellas personas a las que se le había acreditado administrativamente una discapacidad, pero no habían sido incapacitadas judicialmente, no poseían ningún tipo de reconocimiento jurídico en el CC²⁶.

En cuanto a la aplicación y relevancia de la persona con discapacidad en el Derecho de sucesiones, es esencial resaltar que los mecanismos de protección patrimonial sucesorios únicamente cubren a las personas con una discapacidad de, al menos, un 33 por ciento de minusvalía psíquica o un 65 por ciento de discapacidad física o sensorial. Como se puede apreciar, los instrumentos que salvaguardan los intereses patrimoniales sólo se van a aplicar sobre aquellos a los que la Ley 41/2003 reconoce como personas con discapacidad²⁷.

No obstante, existe el debate doctrinal sobre si las personas incapacitadas judicialmente pueden beneficiarse de la protección de la Ley 41/2003 del mismo modo que las personas con

²⁴ Polonio de Dios, G. (2015). *La discapacidad desde la perspectiva del Estado Social* (Tesis de Doctorado, Universidad de Córdoba), pp. 199-201.

²⁵ *Id.*

²⁶ Botello Hermosa, P. I., *op. cit.*, pp. 18-19.

²⁷ Botello Hermosa, P. I., *op. cit.*, p. 19.

discapacidad. En este sentido, Botello Hermosa²⁸ recoge que, en su opinión, “*carecería de sentido que las personas incapacitadas judicialmente no puedan beneficiarse de las medidas de protección patrimonial que la LPPD establece para las personas con discapacidad*”. El autor llega a tal conclusión por diversas razones.

En primer lugar, dispone que, para que una persona esté incapacitada judicialmente, debe tener una enfermedad física o mental de tal gravedad que no le permita ser gobernada por sí misma y, por ello, esa enfermedad que padece siempre implicará el cumplimiento del grado de discapacidad requerido en el art. 2.2 de la Ley 41/2003. Por consiguiente, se entiende que toda persona que ha sido judicialmente declarada incapaz cumple con los grados de discapacidad, y por lo tanto, se debe equiparar con las personas con discapacidad. En segundo lugar, la propia ley recoge en su art. 2.3 que el grado de discapacidad se podrá acreditar a través de un certificado oficial o mediante una sentencia judicial firme, por ello, es la literalidad de la Ley 41/2003 la que sitúa en el mismo nivel a las personas con discapacidad y a las incapacitadas judicialmente, otorgándoles igualmente los beneficios que se desprenden de la norma²⁹.

Otro de los motivos que llevan al autor a la equiparación de ambas personas frente a la Ley 41/2003, es que gran parte de la doctrina apoya esta misma idea, afirmando que el legislador español debería establecer la equiparación expresa de la incapacitación judicial y la discapacidad en el ámbito del Derecho civil. En definitiva, cabe entender que los beneficios contenidos en la Ley 41/2003 para las personas con discapacidad deben extenderse a las judicialmente incapacitadas, ya que, si no se crearía una situación injusta y contraria al espíritu de la norma, la cual se fundamenta en la protección de personas que se encuentran en una posición vulnerable³⁰.

De esta forma, la Ley 41/2003, pretende dar respuesta a una de las principales preocupaciones de las familias en las que uno de los miembros es discapacitado: “*¿Qué será de él/ella cuando no pueda hacerme cargo o me muera?*”. Ciertamente es que, además del dinero, las personas con discapacidad necesitan medidas de apoyo para su asistencia y cuidado, pero los medios económicos son esenciales para sufragar los gastos derivados de su situación de vulnerabilidad. Por ello, en la legislación actual aparecen figuras tan relevantes como la sustitución fideicomisaria o el derecho real de habitación, las cuales pretenden dar apoyo a las familias al

²⁸ Botello Hermosa, P. I., *op. cit.*, p. 364.

²⁹ Botello Hermosa, P. I., *op. cit.*, pp. 364-365.

³⁰ Botello Hermosa, P. I., *op. cit.*, pp. 366-367.

atender los gastos y canalizar las ayudas en favor del legitimario con discapacidad. En tal contexto, se administran las finanzas y recursos económicos de los discapacitados mediante medidas que permitan gestionar los ingresos que éstos obtienen por medio de su trabajo o de pensiones públicas, asegurándoles un futuro de calidad³¹.

Así pues, el objetivo principal de la Ley 41/2003 es la protección en el ámbito patrimonial y sucesorio de los individuos con discapacidad y asegurar su autonomía económica mediante el fortalecimiento de sus derechos hereditarios. Por ello, las novedades introducidas por esta ley en materia de sucesiones tienen dos propósitos, en primer lugar, que el discapacitado reciba una porción superior a la del resto de herederos sin discapacidad de la masa hereditaria, y en segundo lugar, evitar que determinadas personas se aprovechen de la herencia que le corresponde al heredero con discapacidad³².

Más recientemente, con la Ley 8/2021, sobre la reforma de la legislación civil y procesal, se pretende adaptar el ordenamiento jurídico español a la CDPD y, de esta manera, actualizar el Derecho interno en materia de protección de las personas con discapacidad. La reforma se fundamenta en la igualdad, la dignidad y el respeto de la libre voluntad de las personas con discapacidad³³.

Asimismo, como novedad de extraordinario interés en materia de discapacidad, en febrero de 2024 se publicó en el BOE la reforma del art. 49 CE. El texto de reforma dispone que la CE consagra como pilares del Estado el respeto a la dignidad de la persona y su libre desarrollo y, en concreto, el art. 49 se dedica a la protección de las personas en situación de discapacidad. En tal contexto, el precepto reconoce a este colectivo todos los derechos contenidos en el Título I de la CE e impone la obligación a los poderes públicos de definir un mandato para su protección, situando a España en una posición relevante en el ámbito de la protección de las personas con discapacidad³⁴.

De hecho, este artículo promueve el tratamiento igualitario y no discriminatorio de los individuos con discapacidad. Esto se ha confirmado en la publicación posterior de numerosas

³¹ Botello Hermosa, P. I., *op. cit.*, pp. 343-344.

³² Botello Hermosa, P. I., *op. cit.*, pp. 20-21.

³³ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica («BOE» núm. 132, de 03 de junio de 2021).

³⁴ Reforma del artículo 49 de la Constitución Española, de 15 de febrero de 2024 («BOE» núm. 43, de 17 de febrero de 2024).

sentencias como, por ejemplo, en las SSTC 190/2005³⁵ y 274/2005³⁶, donde el tribunal establece la constitucionalidad de la implantación de medidas de apoyo en beneficio de las personas con discapacidad al recibir indemnizaciones por daños personales³⁷.

No obstante, muchos de los términos utilizados por la jurisprudencia han sido objeto de crítica, ya que, actualmente son considerados desafortunados y discriminatorios. De hecho, en la STS 646/2004, de 30 de junio³⁸, el TS se refirió a la persona con discapacidad como aquella que tiene “un retraso mental discreto” en el fundamento de derecho cuarto.

En cuanto a la antigua redacción del art. 49 CE, uno de los aspectos más controvertidos de este precepto ha sido la utilización de la palabra “disminuidos”, la cual era propia en la época en la que se publicó la CE pero que hoy en día es considerada ofensiva³⁹. En este sentido, el TC ha ampliado el alcance del art. 49 CE mediante tres vías. En primer lugar, ha realizado una interpretación evolutiva del contenido en relación con el art. 9.2, referente a la igualdad material y participación, el art. 10, sobre la dignidad, y el art. 14 CE, acerca de la igualdad de oportunidades y no discriminación. La segunda vía consiste en examinar juntamente los mandatos del art. 49 y de los derechos fundamentales del Título I de la CE como, por ejemplo, el derecho a la libertad personal o de expresión. Finalmente, el TC ha implantado en algunos de sus pronunciamientos más recientes la importancia de proteger a las personas con discapacidad en áreas como la educación, el empleo o la justicia⁴⁰.

En definitiva, ante el desarrollo legislativo sobre la protección de las personas con discapacidad tanto a nivel internacional, con la CDPD, como nacional, con la Ley 41/2003 y la Ley 8/2021, combinado con el creciente interés de la sociedad española por avanzar en el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad, se plasma la necesidad de adaptar el art. 49 CE a la nueva realidad social y normativa. Por ello, el precepto ha sido reformado con el objetivo de ser un referente en la protección de los derechos de las personas con discapacidad⁴¹.

³⁵ STC, Pleno, de 7 de julio de 2005, RTC 2005/190.

³⁶ STC, Sala Primera, de 7 de noviembre de 2005, RTC 2005/274.

³⁷ Turturro Pérez de los Cobos, S., “El modelo social de discapacidad: un cambio de paradigma y la reforma del artículo 49 CE”, *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, vol. 12, n. 1, 2022, p. 55.

³⁸ STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 30 de junio de 2004, RJ 2004/4629.

³⁹ *Id.*

⁴⁰ Turturro Pérez de los Cobos, S., *op. cit.*, p. 57.

⁴¹ Reforma del artículo 49 de la Constitución Española, de 15 de febrero de 2024 («BOE» núm. 43, de 17 de febrero de 2024).

2. LEGITIMARIOS Y LEGÍTIMA EN EL DERECHO SUCESORIO ESPAÑOL

El Derecho civil con el sistema de legítimas y la sucesión abintestato deferida a los parientes más próximos sigue apostando por la vinculación entre la familia y la sucesión, limitando la libertad de testar. Ahora bien, los cambios sociales (familiares y demográficos) y económicos plantean la necesidad de revisar este marco normativo y sugieren una ampliación de la libertad de testar reduciendo la legítima⁴².

En este sentido, el sistema de legítimas que recoge el ordenamiento jurídico español y, concretamente, el CC, es una de las cuestiones debatidas por la doctrina. En contraste con los diversos Derechos forales que priman la libertad de testar, el Derecho común mantiene una porción de legítima alta. En particular, la legítima de los descendientes corresponde a dos de las tres partes de los bienes hereditarios del causante, lo que limita excesivamente la libertad del testador⁴³.

Así pues, la doctrina apunta a diferentes circunstancias actuales que motivan a la modificación del sistema de legítimas impuesto por el CC. En primer lugar, el incremento de la esperanza de vida de las personas determina que el espíritu social con el que se publicó el CC ya no tiene sentido hoy en día, pues la herencia de los padres no es lo que proporciona el comienzo de la vida independiente de los hijos. Asimismo, muchos autores sostienen que existe una necesidad real de que se reduzcan, o incluso desaparezcan, las porciones de la legítima que reciben los hijos o descendientes, en favor de la libertad de testar del causante. Sin importar cómo de radical sea la postura respecto al sistema de legítimas, existe una postura común que refleja la necesidad de revisar la legislación actual respecto al Derecho de sucesiones, teniendo siempre en consideración que las necesidades de la sociedad deben ser cubiertas⁴⁴.

⁴² Bardenas Carpio, J. M., Clemente Meoro, M. E., “El Derecho de Sucesiones. Marco teórico y jurisprudencial” en Alventosa del Río, J., Cobas Cobiella, M. E. (dirs.), *Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, 2023, p. 29.

⁴³ Díaz Alabart, S., “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación. Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n. 3, 2006, p. 1.

⁴⁴ Díaz Alabart, S., *op. cit.*, pp. 1-2.

El art. 806 CC establece que la porción de bienes que se reserva a los parientes del difunto se denomina legítima y no se permite al testador disponer de ella, ya que, la ley obliga a destinar esa parte de la herencia a los herederos forzosos o legitimarios⁴⁵.

Este precepto ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina, la cual atribuye varias objeciones al artículo. En primer lugar, establece que es posible que la porción de bienes mencionada no exista, ya que, una vez abierta la sucesión, la legítima ya esté satisfecha o se realice una entrega al legitimario de dinero extrahereditario. En este caso, la legítima no se entendería como una porción de bienes, sino más bien como un derecho a obtener cierto contenido, independientemente de cómo se adquiera. Sin embargo, cuando el CC se refiere a una porción de bienes, lo hace con la finalidad de facilitar la explicación de algunos aspectos de la posición jurídica del legitimario que serían complicados de fundamentar de otra manera. En particular, la utilización de este término justifica la existencia de determinadas facultades previas a la adquisición que garantizan que la adquisición propiamente dicha se lleve a cabo correctamente. Así pues, estas facultades sólo pueden entenderse si se reconoce que la legítima confiere al legitimario una posición jurídica de sucesor del causante, es decir, que el legitimario no sólo adquiere los bienes según lo dispuesto por el causante, sino que también ocupa una posición específica en la sucesión⁴⁶.

Asimismo, según el parecer de algunos autores la expresión de que “*el testador no puede disponer*” de la legítima no es del todo correcta, ya que, sí se le permite realizar atribuciones mediante actos *mortis causa* o *inter vivos*. Por ello, parece más adecuado el lenguaje utilizado en el art. 763.2 CC, el cual dispone que el testador podrá gestionar sus bienes hereditarios conforme a los requisitos y limitaciones que impone la normativa reguladora de la legítima. Además, es muy frecuente caracterizar a la legítima como una medida que reacciona ante los actos del causante que vulneran los derechos de los legitimarios y, aunque es cierto que existe este carácter negativo del precepto, no debe olvidarse su faceta positiva. Este aspecto positivo al que también se alude en el artículo, se refiere al derecho subjetivo otorgado por ley a los legitimarios⁴⁷.

⁴⁵ Polo Arévalo, E. M., “Concepto y naturaleza jurídica de la legítima en derecho sucesorio español: precedentes y actualidad”, *Revista Internacional de Derecho Romano*, vol. 1, n. 10, 2013, p. 351.

⁴⁶ Espejo Lerdo de Tejada, M., “Comentario al art. 806 del Código Civil” en Cañizares Laso, A., de Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, J., Valpuesta Fernández, R. (dirs.), *Código Civil Comentado Volumen II Libro III - De los diferentes modos de adquirir la propiedad (Arts. 609 a 1087)*, Editorial Civitas, 2016, pp. 1-2.

⁴⁷ *Id.*

Con respecto a los legitimarios o herederos forzosos, según las disposiciones contenidas en el art. 807 CC, son los hijos y descendientes del causante, y en ausencia de éstos, los padres y ascendientes, y junto con ellos, el cónyuge supérstite, es decir, el viudo o viuda⁴⁸.

En cuanto a los hijos y descendientes, se les otorga el derecho a recibir como legítima dos tercios de los bienes hereditarios del causante. Asimismo, el testador tiene la posibilidad de destinar una de las dos partes que componen la legítima para asignarla como mejora a sus hijos o descendientes y la tercera parte restante queda sujeta a la libre voluntad del testador⁴⁹.

En lo que concierne a los legitimarios, existen diferentes opiniones doctrinales acerca de la posición jurídica que ocupa el legitimario. La postura más tradicional coincide en la consideración del legitimario como heredero, lo que implica que aquellos actos del causante que tienen el objetivo de atribuir bienes específicos serían únicamente de naturaleza particional. Los defensores de esta postura se basan principalmente en la interpretación literal del CC. No obstante, esta interpretación podría estar basada en una tradición ya superada, dado que, la condición de legitimario modifica significativamente las características del heredero propiamente dicho. Según esta postura, el legitimario no estaría obligado a asumir las deudas del causante, ni se vería afectado por los actos del causante como si fueran propios, cosa que sí sucede en la realidad⁵⁰.

La segunda postura doctrinal considera al legitimario como acreedor y sostiene que la legítima es un derecho de crédito contra el heredero o la herencia. Este argumento parece no ajustarse debidamente a las normas que regulan la legítima, ya que, aunque puede ayudar a entender ciertos aspectos, como el hecho de que la doctrina de los actos propios no afecte al legitimario o la existencia de casos en los que la legítima se paga en metálico, no se puede establecer que las facultades del legitimario tienen una naturaleza crediticia, sino de cotitularidad. También se ha argumentado que el legitimario puede ser percibido como un acreedor garantizado con un derecho real. Según esta postura, la legítima funcionaría como un derecho de crédito garantizado con un derecho real de realización de valor (*pars valoris bonorum*) que se extiende

⁴⁸ Polo Arévalo, E. M., *op. cit.*, p. 351.

⁴⁹ Polo Arévalo, E. M., *op. cit.*, pp. 351-352.

⁵⁰ Espejo Lerdo de Tejada, M., *op. cit.*, p. 5.

como una carga o gravamen sobre todos los bienes hereditarios. Sin embargo, la normativa existente no respalda esta interpretación⁵¹.

Finalmente, aparece la teoría que estima la legítima como *pars bonorum* o parte proporcional de los bienes hereditarios, que es la que mejor se adapta a la diversidad de la legítima. Según esta postura, el legitimario tiene derecho a una parte proporcional de la masa hereditaria, siendo cotitular de una porción de la herencia. Así pues, esta concepción es capaz de explicar ciertos aspectos del régimen jurídico de la legítima como, por ejemplo, el hecho de que el legitimario ostente derechos de posesión civil incluso sin ser heredero, que pueda participar en la división de la herencia e incluso iniciar el proceso de partición, que mientras la legítima no sea satisfecha, todos los bienes hereditarios estén afectos a su pago o que la determinación de los bienes que conforman la legítima sea responsabilidad del testador⁵².

En definitiva, la legítima supone un título sucesorio potencial o latente que tiene efectos propios, sin excluir la posibilidad de que exista otro título sucesorio o gratuito *inter vivos* en beneficio del legitimario, siempre que esté sujeto a ciertas condiciones, pues se confiere al legitimario una posición jurídica en la sucesión que no se puede equiparar a ninguna otra, pero compartiendo similitudes significativas con la del heredero. Si hubiera que describir el contenido de la posición jurídica que ocupa el legitimario, se podría decir que incluye un conjunto de facultades que no son excluyentes entre sí, sino que se complementan, y que garantizan la completa percepción de los derechos que constituyen la legítima. Con respecto al causante, la legítima implica una limitación de sus facultades dispositivas, tanto durante su vida como en su testamento, lo que no significa que la legítima se reduzca exclusivamente a ser una institución relacionada con la sucesión testamentaria, sino que es común tanto a esta como a la sucesión intestada⁵³.

Así pues, el cuarto párrafo del art. 808 CC resuelve la problemática que ocurre cuando uno o varios de los legitimarios se encuentran en una situación de discapacidad. Las mejoras sucesorias del legitimario con discapacidad introducidas para beneficiar a los descendientes, ascendientes y cónyuges precisamente operan ampliando la libertad del testador o introduciendo derechos específicos. De esta manera, una de las razones por las que se implantan estas medidas es por la mayor esperanza de vida de las personas con discapacidad, ya que, es

⁵¹ Espejo Lerdo de Tejada, M., *op. cit.*, p. 6.

⁵² *Id.*

⁵³ Espejo Lerdo de Tejada, M., *op. cit.*, p. 9.

muy frecuente que sobrevivan a sus progenitores o a los familiares que se ocupan de su asistencia y cuidado. Por ello, se motiva al legislador a reformar ciertos preceptos del CC para que los discapacitados dependientes de sus familiares no queden desprotegidos tras la muerte de éstos⁵⁴.

En relación con el art. 809 CC, éste regula la legítima de los ascendientes y la fija en la mitad de la masa hereditaria de los hijos y descendientes, a menos que coincidan con el cónyuge viudo del causante, en cuyo caso se reduce a un tercio de la herencia⁵⁵. Cabe recordar que los padres o ascendientes únicamente asumen la condición de legitimarios del causante en ausencia de hijos y descendientes (art. 807 CC), por consiguiente, sólo tienen derecho a la legítima en caso de que no existan hijos o descendientes o éstos hayan fallecido antes que el testador, no tendrán entonces derecho a la legítima si éstos existen, aunque hayan renunciado a ella⁵⁶.

Por su parte, el derecho a la legítima destaca por su intangibilidad, que supone la obligación de preservar la cuantía de la legítima y la prohibición de establecer gravámenes sobre ella, con excepción de la sustitución fideicomisaria⁵⁷. Las legítimas se imponen al causante de manera que no pueda infringirlas por su voluntad, de hecho, aquellos actos realizados por el causante que menoscaben la legítima pueden ser privados de eficacia. El art. 813 CC se fundamenta en la existencia del principio de intangibilidad de las legítimas⁵⁸.

El principio de intangibilidad de la legítima se desdobra en dos niveles: la intangibilidad cuantitativa y la cualitativa. La intangibilidad cuantitativa se refiere a la prohibición de entregar menos porción de legítima de la que corresponde y está contemplada en el primer párrafo del art. 813 CC: *“El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley”*. En caso de incumplir este precepto, atendiendo al art. 815 CC, el legitimario podrá ejercer la acción de complemento de su legítima cuando el testador le haya dejado menos de lo que le correspondía. Así pues, en defecto de esta acción, el legatario

⁵⁴ Díaz Alabart, S., *op. cit.*, p. 2.

⁵⁵ Polo Arévalo, E. M., *op. cit.*, pp. 352.

⁵⁶ Busto Lago, J. M., “Comentario al art. 809 del CC” en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, 2009, pp. 1-2.

⁵⁷ Planas Ballvé, M., “La renovada sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta: instrumento de protección al hijo con discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 9, n. 3, 2022, pp. 432.

⁵⁸ Capilla Roncero, F. “Comentario al art. 813 del Código Civil” en Cañizares Laso, A., de Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, J., Valpuesta Fernández, R. (dirs.), *Código Civil Comentado Volumen II Libro III - De los diferentes modos de adquirir la propiedad (Arts. 609 a 1087)*, Editorial Civitas, 2016, p. 1.

perjudicado podrá ejercer la acción de reducción de legados, y en última instancia, la reducción de donaciones *inter vivos*⁵⁹.

En cuanto a la intangibilidad cualitativa de la legítima, está contenida en el segundo párrafo del art. 813 CC y con respecto al testador establece que: “*Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en los artículos 782 y 808*”. El precepto hace referencia a la imposibilidad de que el testador imponga cualquier tipo de carga o limitación que de alguna forma restrinja o impida el disfrute de la legítima. No obstante, se establece como excepción la sustitución fideicomisaria sobre la legítima⁶⁰.

Ahora bien, el principio de intangibilidad de las legítimas no opera de la misma manera que otras normas imperativas que invalidan aquellos actos que las contradicen. En cambio, funciona como una norma imperativa asimétrica que impide al causante su vulneración efectiva, pero no obliga a los beneficiarios a recibir lo que les corresponde por legítima. De esta manera, cada legitimario tiene la opción de disponer de su legítima como prefiera, incluso aceptando a recibir menos, nada o una cuantía diferente de lo que la ley les reserva⁶¹. Así pues, en ciertas situaciones, el principio de intangibilidad de la legítima puede ser vulnerado debido a la existencia de excepciones legales tales como la sustitución fideicomisaria o el derecho real de habitación, que se constituyen en favor del legitimario con discapacidad. Estas excepciones serán estudiadas en los capítulos siguientes.

En conclusión, es evidente que existe la necesidad de flexibilizar la legislación del sistema de legítimas y ampliar la libertad del testador. No obstante, el legislador ha implantado ciertas instituciones que aparecen como excepciones ante la rigidez de la legítima y medidas que garantizan la protección de los derechos de los legitimarios con y sin discapacidad.

⁵⁹Alventosa Del Río, J., Cobas Cobiella, M. E., Montes Rodríguez, M. P., Martínez Velencoso, L. M., Alventosa Del Río, J., Cobas Cobiella, M. E., Montes Rodríguez, M. P., Martínez Velencoso, L. M., “Capítulo II. Aspectos sustantivos del derecho hereditario” en Alventosa del Río, J., Cobas Cobiella, M. E. (dirs.), *Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, 2023, p. 613.

⁶⁰Alventosa Del Río, J., Cobas Cobiella, M. E., Montes Rodríguez, M. P., Martínez Velencoso, L. M., *op. cit.*, p. 624.

⁶¹Capilla Roncero, F., *op. cit.*, p. 1.

CAPITULO II. SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO EN FAVOR DEL LEGITIMARIO CON DISCAPACIDAD

El presente capítulo se centra en el estudio de una de las principales instituciones que protegen el patrimonio del legitimario con discapacidad: la sustitución fideicomisaria. En el marco de las sucesiones, la sustitución fideicomisaria aparece como una herramienta jurídica relevante que garantiza la protección de los herederos con discapacidad. A lo largo de este capítulo, se abordarán aspectos relacionados con la sustitución fideicomisaria, en concreto, su naturaleza jurídica, los requisitos para su aplicación y la modalidad del fideicomiso de residuo.

1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO

La sustitución fideicomisaria es la disposición testamentaria en la que el testador establece como última voluntad que otra persona tome el puesto del heredero. De esta manera, se garantiza que el patrimonio del testador se organice de acuerdo con su voluntad⁶².

Esta figura supone el establecimiento de un orden sucesivo en el llamamiento y disfrute de la masa hereditaria. Un ejemplo de sustitución fideicomisaria sería si el testador dispone en su testamento que desea que Pedro sea su heredero hasta su fallecimiento y después se coloque en su lugar Luis⁶³.

En tal contexto, las partes involucradas en el fideicomiso son: el causante o testador, es decir, quien impone la sustitución en el testamento, el fiduciario, que es el que recibe los bienes con la obligación de transmitirlos, y el fideicomisario, el cual es el beneficiario final, el que adquiere parte del patrimonio sin ningún gravamen o carga⁶⁴.

Con origen en el Derecho romano, la sustitución fideicomisaria tiene el objetivo de evitar la sucesión intestada, ya que, el fiduciario que adquiere los bienes, en concreto, la legítima, lo hace con la obligación de transferirlos al fideicomisario una vez haya finalizado el plazo o

⁶² Planas Ballvé, M., *op. cit.*, p. 432.

⁶³ Díaz Alabart, S., *op. cit.*, p. 5.

⁶⁴ Álvarez Álvarez, H., “Las disposiciones testamentarias en beneficio de la persona con discapacidad: la sustitución fideicomisaria” en Murga Fernández, J.P., García Mayo, M. (coord.), Lerdo de Tejada, M., Cerdeira Bravo de Mansilla., G. (dir.), *La persona con discapacidad en el derecho de sucesiones*, Aranzadi, 2023, p. 4.

cumplida la condición. Así pues, el fiduciario no adquiere el patrimonio de manera definitiva, sino que, en un futuro, esos bienes tendrán que ser entregados a otra persona⁶⁵.

La sustitución fideicomisaria conforma una excepción al principio de la intangibilidad de la legítima, el cual establece que no puede imponerse ningún tipo de gravamen sobre ésta. Sin embargo, se permite en el caso de los hijos que son legitimarios y afecta al tercio de mejora, y cuando se trate de beneficiar al legitimario con discapacidad⁶⁶.

Con el objetivo de favorecer a las personas con discapacidad, la Ley 41/2003 permitió instaurar la sustitución fideicomisaria sobre la legítima de los descendientes, siendo los fiduciarios los hijos incapacitados judicialmente, y el resto de los legitimarios quedaban gravados. No obstante, esta ley era limitada y escasa, por lo que, la entrada en vigor de la Ley 8/2021 supuso la reformulación de las disposiciones contenidas en el CC acerca de la sustitución fideicomisaria en favor de los legitimarios con discapacidad, en particular, de los arts. 782 y 808 CC⁶⁷.

En el caso del art. 782 CC, la redacción anterior establecía: *“Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el art. 808. Si recayeren sobre el tercio destinado a mejora, sólo podrán hacerse en favor de los descendientes”*. Así pues, la nueva redacción elimina la referencia al hijo o descendiente “judicialmente incapacitado” y lo modifica por “en una situación de discapacidad”. Este ajuste terminológico se realizó con el objetivo de alinear la legislación española con los principios de la CDPD y con la nueva redacción del art. 808 CC. La disposición adicional cuarta del CC, aclara quiénes se consideran en situación de discapacidad para efectos de la aplicación de la sustitución fideicomisaria. Como se observa, la reforma conserva la exigencia de que únicamente los descendientes puedan beneficiarse de la sustitución fideicomisaria sobre el tercio de mejora⁶⁸.

En cuanto al art. 808 CC, la introducción del cuarto párrafo supone un cambio destacable, ya que, soluciona el problema que surge cuando uno o varios legitimarios se encuentran en una

⁶⁵ Planas Ballvé, M., *op. cit.*, p. 432.

⁶⁶ Álvarez Álvarez, H., *op. cit.*, p. 4.

⁶⁷ Álvarez Álvarez, H., *op. cit.*, p. 3.

⁶⁸ Álvarez Álvarez, H., *op. cit.*, p. 5.

situación de discapacidad. En ese caso, el testador podrá asignar a su favor la porción legítima estricta que corresponde al resto de legitimarios sin discapacidad y la parte que recibe el hijo con discapacidad estará sujeta a una sustitución fideicomisaria⁶⁹.

La finalidad de la nueva redacción del precepto es que el testador pueda favorecer al legitimario con discapacidad y que éste pueda acceder a su porción de la legítima imponiendo un gravamen mediante una sustitución fideicomisaria a favor del resto de legitimarios cuya legítima ha sido gravada. En tal contexto, son fiduciarios los hijos en situación de discapacidad y los fideicomisarios los demás legitimarios⁷⁰.

En definitiva, atendiendo al art. 808 CC, el fideicomiso no impide que el fiduciario disfrute de los bienes sujetos a los dos tercios que le corresponde de la legítima como descendiente, pero los somete a un gravamen en beneficio de los fideicomisarios para así proteger al fiduciario, es decir, al hijo con discapacidad⁷¹.

2. FIDEICOMISO DE RESIDUO

El fideicomiso de residuo, entendido como una modalidad de la sustitución fideicomisaria, consiste en que el testador faculta al fiduciario para disponer de los bienes hereditarios mediante actos *inter vivos*, y al cumplir la condición o finalizar el plazo estipulado, los bienes que no han sido consumidos deberán trasladarse al patrimonio del fideicomisario (entendiéndose que es el legitimario sin discapacidad cuya legítima ha sido perjudicada)⁷².

De esta manera, en el fideicomiso de residuo, el fideicomisario se encuentra sometido al cumplimiento de una condición suspensiva, ya que, recibirá la parte de la herencia del testador que no haya dispuesto el fiduciario (siendo éste el primer llamado). Por lo tanto, al ser el segundo llamado, el fideicomisario adquiere una cantidad indeterminada que dependerá del uso de los bienes hereditarios por parte del fiduciario⁷³.

⁶⁹ Espejo Lerdo de Tejada, M., “Comentario al art. 808 del Código Civil” en Cañizares Laso, A., de Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, J., Valpuesta Fernández, R. (dirs.), *Código Civil Comentado Volumen II Libro III - De los diferentes modos de adquirir la propiedad (Arts. 609 a 1087)*, Editorial Civitas, 2016, p. 2.

⁷⁰ Espejo Lerdo de Tejada, M., *op. cit.*, p. 2.

⁷¹ Espejo Lerdo de Tejada, M., *op. cit.*, p. 2.

⁷² Planas Ballvé, M., *op. cit.*, p. 438.

⁷³ Planas Ballvé, M., *op. cit.*, p. 438.

Antes de la promulgación de la Ley 8/2021, la mayor parte de la doctrina estaba en contra del fideicomiso de residuo. Esta crítica estaba fundamentada en el principio de interpretación restrictiva de las sustituciones, ya que, los hijos sin discapacidad no podrían disponer de la legítima estricta si el fiduciario dispusiera de todos los bienes⁷⁴. En concreto, la STS núm. 77/1994 de 22 de julio, establece que las facultades otorgadas al fiduciario deben ser interpretadas con criterio restrictivo, ya que, lo habitual es que se constituya una sustitución fideicomisaria con la obligación de conservar los bienes hereditarios⁷⁵. Sin embargo, con la nueva reforma se permite al fiduciario con discapacidad disponer de todos los bienes en caso de necesidad⁷⁶.

Así pues, se entiende que, si el testador no ha concretado la modalidad de sustitución fideicomisaria, se establece un fideicomiso de residuo. Únicamente existirá una sustitución fideicomisaria ordinaria cuando el testador lo indique expresamente y, en ese caso, el fiduciario no podrá disponer de los bienes⁷⁷. Por lo tanto, el testador tiene la libertad de elegir entre gravar la legítima estricta con un fideicomiso de residuo o con una sustitución fideicomisaria ordinaria⁷⁸.

Esta novedad introducida que incluye la presunción *iuris tantum* del fideicomiso de residuo cuando el causante no especifique el tipo de sustitución fideicomisaria, se establece en favor de las personas con discapacidad, de igual modo, que la carga de la prueba es del fideicomisario en caso de querer impugnar el gravamen⁷⁹.

A diferencia de la sustitución fideicomisaria ordinaria, en la que el fiduciario tiene la obligación de conservar y transferir al fideicomisario los bienes hereditarios de la legítima estricta, en el fideicomiso de residuo, el fiduciario no está obligado a preservar los bienes en cuestión⁸⁰.

De esta forma, el legislador trata de proteger al hijo con discapacidad, ya que, éste es el más vulnerable de los legitimarios, y por ello, el fiduciario discapacitado no tiene la obligación de salvaguardar los bienes hereditarios. No obstante, conforme al principio de libertad para testar, el testador puede otorgar al fiduciario las facultades que considere oportunas. Además, en esta

⁷⁴ Álvarez Álvarez, H., *op. cit.*, p. 13.

⁷⁵ STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 22 de julio de 1994, RJ 1994/6578.

⁷⁶ Álvarez Álvarez, H., *op. cit.*, p. 13.

⁷⁷ Álvarez Álvarez, H., *op. cit.*, p. 13.

⁷⁸ Álvarez Álvarez, H., *op. cit.*, p. 5

⁷⁹ Planas Ballvé, M., *op. cit.*, p. 434.

⁸⁰ Álvarez Álvarez, H., *op. cit.*, p. 13.

modalidad de sustitución, el fiduciario, que es el hijo en situación de discapacidad, puede disponer de forma total o parcial de los bienes hereditarios, mientras que, el fideicomisario, que es el legitimario sin discapacidad, podría no recibir nada de la herencia⁸¹.

En cuanto al poder de disposición, en el fideicomiso de residuo, al fiduciario no se le permite disponer de los bienes ni a título gratuito ni *mortis causa*, únicamente por actos *inter vivos* y a título oneroso. Por consiguiente, el fiduciario podrá llevar a cabo negocios jurídicos que no sean gratuitos como, por ejemplo, la enajenación a través de precio u otra contraprestación o la constitución de derechos reales limitados⁸².

Con respecto al testador, podrá indicar en el testamento la modalidad de fideicomiso de residuo que desea, *si aliquid supererit* (“si queda algo”) o bien *eo quod supererit* (“de aquello que deba quedar”). El primer tipo se refiere a que no existen límites impuestos a la facultad de disponer que ha sido otorgada al fiduciario, y en consecuencia, el fideicomisario podría no recibir ningún bien. En cambio, la segunda modalidad contempla la necesidad de que el fideicomisario reciba algo de la herencia⁸³.

En concreto, el legislador español ha mostrado su preferencia por la primera opción (“si queda algo”), en la cual el fiduciario con discapacidad, que es el más vulnerable, debe ser protegido y sólo podrá disponer de los bienes a título oneroso y, generalmente, para satisfacer las necesidades causadas por su discapacidad como, por ejemplo, para cubrir los gastos derivados de su atención y cuidado⁸⁴.

3. REQUISITOS

La redacción anterior del art. 808 CC permitía favorecer al descendiente que se encontrase judicialmente incapacitado. Sin embargo, la nueva redacción del precepto reduce el alcance de las personas que podrían beneficiarse de la protección ofrecida en este artículo. De esta manera, una de las novedades más destacables es que, con la reforma, se excluye a los descendientes del testador que no sean legitimarios y sólo se podrá gravar mediante la sustitución

⁸¹ Planas Ballvé, M., *op. cit.*, pp. 439-440.

⁸² Álvarez Álvarez, H., *op. cit.*, pp. 13-14.

⁸³ Álvarez Álvarez, H., *op. cit.*, p. 13.

⁸⁴ Planas Ballvé, M., *op. cit.*, pp. 439.

fideicomisaria la legítima estricta del resto de legitimarios en favor de los hijos con discapacidad⁸⁵.

Así pues, únicamente podrá imponerse la sustitución fideicomisaria con el objetivo de beneficiar a las personas en situación de discapacidad, siempre y cuando se trate del hijo con discapacidad del testador⁸⁶. Por ello, si el legitimario no es hijo del testador, no podrá favorecerlo con la sustitución, aunque sea un descendiente con discapacidad. Esta restricción figura en el art. 782 CC y se fundamenta en el deseo del legislador de proporcionar más protección a los descendientes más cercanos, es decir, a los hijos, y no tanto a los lejanos como, por ejemplo, los nietos⁸⁷.

El art. 781 CC establece que: *“Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador”*. Este requisito que impone la limitación de que las sustituciones fideicomisarias no pasen del segundo grado, se establece con el objetivo de evitar que los bienes estén sustraídos de forma indefinida a la libre circulación⁸⁸.

Asimismo, tanto el primer como el segundo llamado deben de ser herederos del testador. En este sentido, la sustitución fideicomisaria supone la vinculación temporal de ciertos bienes que deben ser conservados para su posterior transmisión y, por ello, el número máximo de llamamientos se restringe a dos, a menos que las personas estén vivas en el momento del fallecimiento del testador⁸⁹.

Con respecto al art. 783 CC, se dispone que para que la sustitución fideicomisaria sea válida deberá ser establecida expresamente por el causante⁹⁰. Este requisito no obliga al testador a utilizar la palabra “sustitución fideicomisaria” en el testamento sino, más bien, a que se imponga la obligación al fiduciario de entregar los bienes hereditarios al fideicomisario.

⁸⁵ Planas Ballvé, M., *op. cit.*, pp. 436-437.

⁸⁶ Botello Hermosa, P. I., *op. cit.*, p. 18.

⁸⁷ Planas Ballvé, M., *op. cit.*, p. 437.

⁸⁸ Pérez de Castro, N., “Comentario al art. 781 del CC” en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, 2009, p. 2.

⁸⁹ Álvarez Álvarez, H., *op. cit.*, p. 4.

⁹⁰ Díaz Alabart, S., *op. cit.*, p. 5.

Igualmente, se estima que la sustitución es expresa cuando el testador establece el llamamiento de herederos de manera sucesiva y temporal⁹¹.

Asimismo, la jurisprudencia en sentencias como, por ejemplo, la STS de 13 de diciembre de 1974⁹², establece que en la sustitución fideicomisaria deben concurrir los siguientes requisitos: 1) la existencia de un doble o múltiple llamamiento para heredar, 2) la obligación al fiduciario de devolver los bienes en fideicomiso al llamado en segundo lugar en la sucesión, y 3) el establecimiento de un orden sucesivo y cronológico para la adquisición de la herencia⁹³.

En este sentido, el art. 785 CC en su primer apartado recoge la nulidad de las sustituciones fideicomisarias cuando éstas no se establezcan de forma expresa. La doctrina actual exige que para evitar la nulidad de la sustitución es necesaria la voluntad inequívoca y cierta del testador⁹⁴.

El resto de supuesto de nulidad contenidos en el art. 785 CC, se corresponden, en el caso del segundo y tercer apartado, al rechazo de las prohibiciones de disponer perpetuas o sin límite temporal definido, y en ningún caso se puede sobrepasar el segundo grado. Asimismo, en el cuarto apartado, se declara la nulidad del fideicomiso secreto, que tiene lugar cuando el testador deja todo o parte de los bienes hereditarios para que se apliquen instrucciones que han sido previamente comunicadas. Este supuesto no se equipará a una sustitución fideicomisaria, ya que, consiste en una disposición de encargo sin fideicomisario⁹⁵.

En relación con el art. 784 CC, se establece que el fideicomisario adquiere el derecho a recibir la sucesión en el momento del fallecimiento del testador, incluso si fallece antes el fiduciario.

La sustitución fideicomisaria supone una ampliación en las facultades del testador al permitir la imposición de un gravamen en la legítima estricta. Así pues, para que la sustitución sea completamente válida debe cumplir los requisitos comentados, evitando cualquier supuesto de nulidad.

⁹¹ Pérez de Castro, N., “Comentario al art. 785 del CC” en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, 2009, p. 1.

⁹² STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 13 de diciembre de 1974, RJ 1974/4677.

⁹³ Cámara Lapuente, S., “Comentario al art. 781 del Código Civil” en Cañizares Laso, A., de Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, J., Valpuesta Fernández, R. (dirs.), *Código Civil Comentado Volumen II Libro III - De los diferentes modos de adquirir la propiedad (Arts. 609 a 1087)*, Editorial Civitas, 2016, pp. 1-2.

⁹⁴ Pérez de Castro, N., *op. cit.*, p. 1.

⁹⁵ Pérez de Castro, N., *op. cit.*, p. 1-2.

En conclusión, el fideicomiso de residuo se introduce para otorgar mayor protección patrimonial al hijo del testador con discapacidad, el cual se convierte en el fiduciario que puede disponer de los bienes únicamente a título oneroso y mediante actos *inter vivos* para cubrir las necesidades ocasionadas por su situación de vulnerabilidad, y se el exime de la obligación de conservar los bienes hereditarios hasta su posterior transmisión.

A modo de resumen, en cuanto a las fortalezas del fideicomiso en favor del legitimario con discapacidad se identifica: el hecho de evitar la sucesión intestada, la protección del patrimonio de las personas con discapacidad, ya que, se garantiza al fiduciario con discapacidad el disponer de los bienes hereditarios con el objetivo de que pueda sufragar los gastos necesarios causados por su situación de vulnerabilidad y disfrutar de mejores condiciones. Además, en el fideicomiso de residuo el discapacitado no tiene el deber de conservar los bienes. En cambio, en relación con los aspectos controvertidos se incluye la reducción del alcance de las personas que pueden ser protegidas por la nueva redacción del art. 808 CC, ya que, se excluye a los descendientes del testador que no sean legitimarios y la posibilidad de que, en el fideicomiso de residuo, el fideicomisario sin discapacidad no adquiera ningún bien hereditario porque el fiduciario con discapacidad dispusiera de todos los bienes.

CAPITULO III. DERECHO REAL DE HABITACIÓN EN FAVOR DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

Las dificultades para acceder a una vivienda digna y adecuada son una de las muchas barreras que impiden a las personas con discapacidad vivir en plenitud de derechos y en igualdad de condiciones como el resto de los ciudadanos. Así pues, con la Ley 41/2003, el legislador aseguró el acceso a la vivienda a aquellas personas que se encuentran en una situación de discapacidad, apostando por el derecho real de habitación. Este derecho personalísimo aparece como una herramienta jurídica que satisface las necesidades de vivienda de las personas con discapacidad⁹⁶.

1. EL DERECHO REAL DE HABITACIÓN Y SUS CARACTERÍSTICAS

El derecho de habitación es un derecho real que recae sobre la cosa ajena y se ejerce por la posesión. El titular de la habitación es denominado habitacionista y el nudo propietario es el que la constituye⁹⁷. En cuanto a las obligaciones de los sujetos, el habitacionista debe conservar la sustancia de la vivienda ajena, es decir, no se puede modificar su materia, forma o destino y el nudo propietario podrá acordar con el habitacionista el destino de la cosa⁹⁸.

Así pues, el derecho de habitación se encuentra regulado juntamente con el derecho de uso en los arts. 523 a 529 CC. En primer lugar, el art. 524 CC establece que el derecho de habitación otorga al habitacionista “*la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia*”. Asimismo, en caso de que el habitacionista ocupe la totalidad de la vivienda, deberá pagar los gastos de cultivo, reparaciones comunes de mantenimiento y contribuciones como lo haría el usufructuario. Sin embargo, si únicamente habita en una parte de la casa no estará obligado a contribuir con ningún gasto, siempre y cuando el propietario disponga de los suficientes frutos para cubrir estos gastos. Por ello, en caso de no disponer de los frutos necesarios, el habitacionista deberá suplir lo que falte⁹⁹.

⁹⁶ Moretón Sanz, M.F., “Recensión a la obra El derecho real de habitación a favor de la persona con discapacidad”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 4/2021, 2021.

⁹⁷ Pérez Pejic, G., “Acerca del Derecho Real de Habitación”, *Revista de Teoría y Práctica Jurídica CALZ*, vol. 3, 2023, p. 3.

⁹⁸ Pérez Pejic, G., *op. cit.*, pp. 28-30.

⁹⁹ Donado Vara, A., *op. cit.*, pp. 168-169.

En relación con el art. 525 CC, se establece la prohibición de que el derecho de habitación sea arrendado o traspasado por otro título¹⁰⁰. No obstante, la mayoría de la doctrina considera que la intransmisibilidad que establece este precepto no tiene un carácter imperativo y, por lo tanto, se permite la transmisibilidad en el título constitutivo¹⁰¹.

Además, según el art. 529 CC, el derecho de habitación se extingue, por un lado, por las mismas causas que el usufructo y, por otro lado, por el abuso grave de la habitación¹⁰². En cuanto a las causas que extinguen el derecho de habitación, se recoge la extinción por la muerte del habitacionista, por expiración del plazo en el que se constituyó el derecho o cumplimiento de la condición resolutoria, por reunión en la misma persona de la habitación y la propiedad, por renuncia del habitacionista, por la pérdida total de la cosa, por resolución del derecho del constituyente y por prescripción¹⁰³.

Con respecto al abuso grave de la habitación, no existe un término legal propiamente dicho, por lo que, se realiza una interpretación restrictiva del concepto. Así pues, la jurisprudencia se ha pronunciado sobre la consideración del abuso de derecho, y en la STS de 28 de noviembre de 1908 y de 30 de abril de 1910, el TS estableció que no son considerados actos abusivos las omisiones como, por ejemplo, los deterioros en la cosa o la ausencia de reparaciones¹⁰⁴. En este sentido, la AP de Las Palmas determinó que las reparaciones realizadas sin consentimiento del propietario de la vivienda tampoco constituyen un grave abuso¹⁰⁵.

2. MODALIDADES DEL DERECHO DE HABITACIÓN EN FAVOR DEL LEGITIMARIO CON DISCAPACIDAD

El art. 822 CC regula el derecho de habitación en beneficio del legitimario con discapacidad, el cual se puede atribuir mediante dos modalidades: la voluntaria, a través de actos *inter vivos*, como la donación, o actos *mortis causa*, como el legado, y la legal, es decir, por ministerio de la ley¹⁰⁶.

¹⁰⁰ Donado Vara, A., *op. cit.*, p. 169.

¹⁰¹ Díaz Alabart, S., *op. cit.*, p. 26.

¹⁰² Donado Vara, A., *op. cit.*, p. 169.

¹⁰³ Rivera Fernández, M., "Comentario al art. 822 del Código Civil" en Cañizares Laso, A., de Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, J., Valpuesta Fernández, R. (dirs.), *Código Civil Comentado Volumen II Libro III - De los diferentes modos de adquirir la propiedad (Arts. 609 a 1087)*, Editorial Civitas, 2016, pp. 4.

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ SAP de Las Palmas, Sección 4ª, 30 de marzo de 2007, JUR 2007/147837.

¹⁰⁶ Donado Vara, A., *op. cit.*, pp. 172-173.

2.1 Atribución voluntaria: la donación o legado del derecho de habitación

El primer párrafo del art. 822 CC dispone que: “*La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario que se encuentre en una situación de discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella.*”.

Este precepto establece que la atribución voluntaria consiste en la donación o legado del derecho de habitación sobre la vivienda habitual, la cual debe ser compartida por el titular de la casa y por la persona con discapacidad. Asimismo, es necesario que la persona en situación de discapacidad sea el legitimario respecto del titular de la vivienda y que se conviva en la casa que ha sido gravada en el momento en el que el constituyente del derecho de habitación fallezca¹⁰⁷.

En este sentido, se entiende que el legitimario discapacitado cumple con los requisitos contenidos en el art. 2. 2º de la Ley 41/2003, es decir, que presenta una minusvalía psíquica igual o superior al 33% o una discapacidad física o sensorial de igual o más del 65%¹⁰⁸. Además, la donación o legado que se constituya no se considerará para el cálculo de las legítimas, por lo que, se regirá por unas normas especiales¹⁰⁹.

En cuanto a los requisitos objetivos para constituir la donación o el legado del derecho de habitación y que sea aplicable el art. 822 CC, el derecho debe establecerse sobre la vivienda habitual del titular, en la que el beneficiario reside al fallecer el constituyente¹¹⁰.

En relación con la transmisibilidad en el título constitutivo del derecho de habitación, el art. 822 CC, en su párrafo tercero, determina que el derecho de habitación constituido en favor del legitimario con discapacidad será intransmisible y únicamente el habitacionista discapacitado podrá beneficiarse. Sin embargo, si el constituyente del derecho de habitación lo hubiera establecido como transmisible, se le aplicará el régimen ordinario y, por lo tanto, se tendrá en consideración su valor para el cálculo de las legítimas¹¹¹.

¹⁰⁷ Díaz Alabart, S., *op. cit.*, p. 26.

¹⁰⁸ Rivera Fernández, M., *op. cit.*, p. 2.

¹⁰⁹ Díaz Alabart, S., *op. cit.*, p. 26.

¹¹⁰ *Id.*

¹¹¹ *Id.*

En el caso de que la atribución se realice mediante donación, es decir, mediante actos *inter vivos*, los efectos se manifestarán cuando coincidan la oferta del donante y la aceptación del donatario, siempre y cuando el acto se eleve a escritura pública. Además, al tratarse de una donación ordinaria, ésta puede ser revocada si se cumplen los supuestos recogidos en el CC¹¹². Por el contrario, si la atribución se lleva a cabo a través del legado, que en la práctica suele ser lo más habitual, tal acto podrá ser revocado hasta el momento del fallecimiento del testador¹¹³ y no se exige ninguna forma legal concreta, sino que existe una liberalidad *mortis causa*¹¹⁴.

Asimismo, se pueden dar situaciones conflictivas como, por ejemplo, que el derecho fuera donado al legitimario, el cual, al recibir la donación, no se encontrase en una situación de discapacidad, o que no fuera legitimario del donante. No obstante, en tal caso, el donatario podrá disfrutar de los beneficios que ofrece el régimen especial del art. 822 CC, siempre y cuando, estos requisitos se cumplan en el momento del fallecimiento del causante. En cambio, si al fallecer el donante, el donatario no cumple con los requisitos exigidos por el precepto, aunque hayan sido cumplidos previamente o en el momento de realizar la donación, ésta será regida por el sistema general y no por el especial¹¹⁵.

En la mayoría de los casos, lo habitual es que el donatario con discapacidad ya estuviera conviviendo con el donante, ya que, se trate de hijos en situación de discapacidad que necesitan el sustento del donante. Por ello, lo que se pretende con la redacción del art. 822 CC es, por un lado, que el legitimario discapacitado no deje de disfrutar de la vivienda del causante después de su muerte y, por otro lado, que tal cosa no reduzca su legítima¹¹⁶.

En conclusión, mediante la constitución del legado o donación del derecho de habitación se ofrece un tratamiento favorable al legitimario con discapacidad que estuviera conviviendo con el constituyente en el momento de su muerte.

¹¹² Rivera Fernández, M., *op. cit.*, pp. 1-2.

¹¹³ Díaz Alabart, S., *op. cit.*, pp. 27-28.

¹¹⁴ Rivera Fernández, M., *op. cit.*, pp. 2-3.

¹¹⁵ Rivera Fernández, M., *op. cit.*, p. 2.

¹¹⁶ Díaz Alabart, S., *op. cit.*, pp. 28.

2.2 Atribución legal

Otra modalidad de atribución del derecho de habitación en favor del legitimario en situación de discapacidad es por ministerio de la ley o con origen legal¹¹⁷. En este caso, el art. 822 CC en su segundo párrafo, recoge la constitución del derecho de habitación que recae sobre la vivienda habitual del causante en beneficio del legitimario con discapacidad que estuviera conviviendo con el constituyente en el momento de su muerte, con el objetivo de proporcionar un alojamiento al discapacitado en caso de necesidad, siempre y cuando el testador no hubiera dispuesto otra cosa o le hubiera excluido de manera expresa¹¹⁸.

Como ocurre con el resto de los derechos reales limitativos del dominio, el derecho de habitación legal implica que el beneficiario ostenta la facultad de exigir su constitución, pero no implica que pueda exigir su creación de forma automática. Para ello, se requiere un acto de constitución expreso, pero sin que exista un plazo específico para su ejercicio¹¹⁹.

La figura recogida en este precepto ha sido denominada por la doctrina como legado legal o sucesión a título particular por ministerio de la ley y ha sido reservada hasta ahora al usufructo del cónyuge viudo. No obstante, a diferencia de este último, el legado legal está definido en relación con el objeto y no es susceptible de ser intercambiado o pagado de otra manera¹²⁰.

El individuo que es gravado con el derecho de habitación equivale al propietario de la vivienda, y nunca podrá ser la misma persona que el habitacionista. Asimismo, puede darse el caso de que se encuentren varios legitimarios con discapacidad, y en tal situación, si cumplen con el resto de los requisitos, todos ostentarían la condición de beneficiarios, resultando en una cotitularidad del derecho de habitación entre los legitimarios o en la existencia de varios derechos de habitación simultáneos a favor de diferentes legitimarios¹²¹.

Así pues, en caso de existir otros legitimarios sin discapacidad, el derecho de habitación puede representar un gravamen que recaiga sobre su legítima, ya que, no se considera el valor de la habitación para el cálculo de las legítimas¹²².

¹¹⁷ Donado Vara, A., *op. cit.*, p. 178.

¹¹⁸ Rivera Fernández, M., *op. cit.*, p. 1.

¹¹⁹ Rivera Fernández, M., *op. cit.*, p. 4.

¹²⁰ *Id.*

¹²¹ *Id.*

¹²² *Id.*

A diferencia del derecho de habitación por atribución voluntaria, para constituir el legado legal al que se refiere el segundo párrafo del art. 808 CC se exige que el habitacionista que se encuentra en una situación de discapacidad “necesite” el alojamiento o vivienda en objeto del derecho¹²³.

En cuanto a la jurisprudencia existente, se destaca la SAP de Vizcaya del 15 de noviembre de 2011¹²⁴, la cual aborda el derecho de habitación en el caso de que uno de los legitimarios sea discapacitado. El tribunal falla a favor del legitimario con discapacidad, ya que, dispone que el individuo tiene derecho a permanecer en la vivienda familiar de sus padres debido a la necesidad de alojamiento y cumple con los requisitos de convivencia en el momento del fallecimiento y ausencia de la exclusión por parte del testador. La sentencia reconoce el derecho de habitación sobre la vivienda del causante en favor del legitimario con discapacidad mediante la atribución legal.

En conclusión, el derecho de habitación por atribución legal ha sido creado por el legislador para cubrir y satisfacer las necesidades de vivienda de los individuos en situación de discapacidad y únicamente el causante podrá excluir o disponer otra cosa en su testamento.

¹²³ Rivera Fernández, M., *op. cit.*, p. 2.

¹²⁴ SAP de Vizcaya, Sección 4ª, 15 de noviembre de 2011, JUR 2012/171718.

CONCLUSIONES

Tras haber realizado un análisis de la protección jurídica del legitimario con discapacidad en Derecho sucesorio español y haber profundizado sobre el fideicomiso y el derecho real de habitación como principales instituciones de apoyo, cabe concluir que:

1. En el Derecho sucesorio español, la Ley 41/2003 y 8/2021 ha supuesto un progreso legislativo en relación con los derechos patrimoniales de las personas con discapacidad y cuyo objetivo es asegurar su inclusión y autonomía en la sociedad. Así pues, las reformas en el ámbito sucesorio realizadas en beneficio de legitimarios con discapacidad se han proyectado a través de dos figuras muy distintas: el fideicomiso de residuo en favor del descendiente con discapacidad y el derecho de habitación en favor del legitimario que lo precise. Estas dos instituciones presentan como elemento característico la ampliación de la libertad de testar para beneficiar al legitimario con discapacidad y la excepción a la intangibilidad de la legítima.
2. El fideicomiso de residuo en favor del legitimario con discapacidad supone una figura jurídica para la protección de los intereses patrimoniales de las personas discapacitadas. Entre sus fortalezas pueden señalarse la capacidad para evitar la sucesión intestada y garantizar al fiduciario con discapacidad el disponer de los bienes hereditarios para cubrir sus necesidades, proporcionándole una mejor protección de su patrimonio. Además, en el fideicomiso de residuo el discapacitado no tiene la obligación de conservar los bienes. En cambio, sus aspectos controvertidos son la reducción del alcance de las personas que pueden ser protegidas por la reforma del art. 808 CC, que excluye a los descendientes del testador que no sean legitimarios. Asimismo, otro aspecto que plantea preocupaciones sobre la equidad en la distribución de la herencia es la posibilidad de que, en el fideicomiso de residuo, el fideicomisario sin discapacidad no reciba ningún bien hereditario si el fiduciario discapacitado dispone de todos los bienes
3. En cuanto a la regulación del derecho real de habitación del legitimario con discapacidad, se proporciona un marco legal cuyo objetivo principal consiste en garantizar el acceso a una vivienda digna y adecuada para las personas con discapacidad. Tanto en su modalidad voluntaria como legal, este derecho brinda una protección especial al legitimario discapacitado que conviva con el causante en el

momento de su fallecimiento. A través de la donación o legado del derecho de habitación sobre la vivienda habitual, se asegura que el legitimario con discapacidad pueda continuar viviendo en la vivienda sin que esto afecte a su porción de legítima. Además, siempre y cuando el testador no haya dispuesto lo contrario en su testamento, la atribución legal del derecho de habitación asegura el alojamiento del discapacitado en caso de necesidad. En definitiva, esta regulación refleja un esfuerzo por conciliar los derechos a la vivienda habitual con las necesidades específicas de las personas con discapacidad, garantizando su protección y bienestar.

BIBLIOGRAFÍA

Argibay Antepazo, M. (2022). *La protección patrimonial de las personas con discapacidad psíquica* (Trabajo de Fin de Grado, Facultad de Derecho de la Universidad de León).

Polonio de Dios, G. (2015). *La discapacidad desde la perspectiva del Estado Social* (Tesis de Doctorado, Universidad de Córdoba).

ANEXOS

LEGISLACIÓN

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 («BOE» núm. 96, de 21 de abril de 2008).

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica («BOE» núm. 132, de 03 de junio de 2021).

Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad («BOE» núm. 277, de 19 de noviembre de 2003).

Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad («BOE» núm. 94, de 20 de abril de 2005).

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social («BOE» núm. 289, de 03 de diciembre de 2013).

Reforma del artículo 49 de la Constitución Española, de 15 de febrero de 2024 («BOE» núm. 43, de 17 de febrero de 2024).

JURISPRUDENCIA

STC, Sala Primera, núm. 274/2005, de 7 de noviembre (versión electrónica - base de datos Aranzadi RTC 2005/274). Fecha de última consulta: 6 de abril de 2022.

STC, Pleno, núm. 190/2005, de 7 de julio (versión electrónica - base de datos Aranzadi RTC 2005/190). Fecha de última consulta: 6 de abril de 2022.

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 646/2004, de 30 de junio (versión electrónica - centro de documentación judicial CENDOJ RJ 4629/2004). Fecha de la última consulta: 6 de abril de 2024.

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 773/1994, de 22 de julio (versión electrónica - base de datos Aranzadi RJ 1994/6578). Fecha de la última consulta: 5 de abril de 2024.

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm., 1974/4677, de 13 de diciembre (versión electrónica - base de datos Aranzadi RJ 1974/4677). Fecha de la última consulta: 8 de abril de 2024.

SAP de Vizcaya, Sección 4ª, núm. 799/2011, de 15 de noviembre (versión electrónica - base de datos Aranzadi JUR 2012/171718). Fecha de la última consulta: 5 de abril de 2024.

SAP de Las Palmas, Sección 4ª, núm. 145/2007, de 30 de marzo (versión electrónica - base de datos Aranzadi JUR 2007/147837). Fecha de la última consulta: 5 de abril de 2024.

DOCTRINA

Algaba Ros, S., “Condición y modo testamentario para favorecer el cuidado del descendiente mayor de edad en situación de discapacidad” en Cañizares Laso, A. (dir.), Diéguez Oliva, R. (coord.), *Condiciones y negocios jurídicos mortis causa*, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 19-56.

Álvarez Álvarez, H., “Las disposiciones testamentarias en beneficio de la persona con discapacidad: la sustitución fideicomisaria” en Murga Fernández, J.P., García Mayo, M. (coord.), Lerdo de Tejada, M., Cerdeira Bravo de Mansilla., G. (dir.), *La persona con discapacidad en el derecho de sucesiones*, Aranzadi, 2023, pp. 1-21.

Alventosa Del Río, J., Cobas Cobiella, M. E., Montes Rodríguez, M. P., Martínez Velencoso, L. M., “Capítulo II. Aspectos sustantivos del derecho hereditario” en Alventosa del Río, J., Cobas Cobiella, M. E. (dirs.), *Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 138-703.

Aristizábal Gómez, K., “Cuando hablamos de discapacidad, ¿de qué hablamos? Una revisión teórica y jurídica del concepto”, *Civilizar: Ciencias Sociales y Humanas*, vol. 21, n. 40, 2021, pp. 59-72.

Barba, V., “El art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006” en De Verda y Beamonte, J. R. (dir.), Chaparro Matamoros, P. & Bueno Biot, A. (coord.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 23-54.

Bardenas Carpio, J. M., Clemente Meoro, M. E., “El Derecho de Sucesiones. Marco teórico y jurisprudencial” en Alventosa del Río, J., Cobas Cobiella, M. E. (dirs.), *Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 27-134.

Botello Hermosa, P. I., “Capítulo I. Introducción”, *Mecanismos mortis causa de protección de las personas con discapacidad*, Ediciones Olejnik, 2021, pp. 17-50.

Botello Hermosa, P. I., “Importantes incertidumbres jurídicas que en la actualidad sigue planteando la Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad en el ámbito del derecho sucesorio español”, *Anuario de derecho civil*, vol. 71, n. 2, 2018, pp. 339-393.

Busto Lago, J. M., “Comentario al art. 809 del CC” en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, 2009, pp. 1-2.

Cámara Lapuente, S., “Comentario al art. 781 del Código Civil” en Cañizares Laso, A., de Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, J., Valpuesta Fernández, R. (dirs.), *Código Civil Comentado Volumen II Libro III - De los diferentes modos de adquirir la propiedad (Arts. 609 a 1087)*, Editorial Civitas, 2016, pp. 1-5.

Capilla Roncero, F. “Comentario al art. 813 del Código Civil” en Cañizares Laso, A., de Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, J., Valpuesta Fernández, R. (dirs.), *Código Civil Comentado*

Volumen II Libro III - De los diferentes modos de adquirir la propiedad (Arts. 609 a 1087), Editorial Civitas, 2016, pp. 1-13.

Díaz Alabart, S., “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación. Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n. 3, 2006, pp. 1-40.

Donado Vara, A., “Recientes novedades en materia de discapacidad y derecho de habitación”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 19, 2023, pp. 160-199.

Espejo Lerdo de Tejada, M., “Comentario al art. 806 del Código Civil” en Cañizares Laso, A., de Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, J., Valpuesta Fernández, R. (dirs.), *Código Civil Comentado Volumen II Libro III - De los diferentes modos de adquirir la propiedad (Arts. 609 a 1087)*, Editorial Civitas, 2016, pp. 1-10.

Espejo Lerdo de Tejada, M., “Comentario al art. 808 del Código Civil” en Cañizares Laso, A., de Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, J., Valpuesta Fernández, R. (dirs.), *Código Civil Comentado Volumen II Libro III - De los diferentes modos de adquirir la propiedad (Arts. 609 a 1087)*, Editorial Civitas, 2016, pp. 1-11.

García Pons, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España”, *Anuario de Derecho civil*, vol. 66, n. 1, 2013, pp. 59-147.

Iturri Garate, J. C., “Concepto jurídico de discapacidad”, *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de los Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, n. 219, 2021, pp. 5-20.

López Burniol, J. J., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”, *Academia Matritense del Notariado*, 2003, pp. 435-464.

Marín Calero, C., *La herencia a favor de un hijo con discapacidad intelectual*, Tirant lo Blanch, 2022.

Moretón Sanz, M.F., “Recensión a la obra El derecho real de habitación a favor de la persona con discapacidad”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 4/2021, 2021.

Pérez de Castro, N., “Comentario al art. 781 del CC” en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, 2009, pp. 1-3.

Pérez de Castro, N., “Comentario al art. 785 del CC” en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, 2009, pp. 1-2.

Pérez Pejčić, G., “Acerca del Derecho Real de Habitación”, *Revista de Teoría y Práctica Jurídica CALZ*, vol. 3, 2023, pp. 1-49.

Planas Ballvé, M., “La renovada sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta: instrumento de protección al hijo con discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 9, n. 3, 2022, pp. 429-444.

Polo Arévalo, E. M., “Concepto y naturaleza jurídica de la legítima en derecho sucesorio español: precedentes y actualidad”, *Revista Internacional de Derecho Romano*, vol. 1, n. 10, 2013, pp. 331-376.

Rivera Fernández, M., “Comentario al art. 822 del Código Civil” en Cañizares Laso, A., de Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, J., Valpuesta Fernández, R. (dirs.), *Código Civil Comentado Volumen II Libro III - De los diferentes modos de adquirir la propiedad (Arts. 609 a 1087)*, Editorial Civitas, 2016, pp. 1-5.

Santos Urbaneja, F., “Evaluación de la aplicación de la Ley 8/2021 de 2 de junio de reforma del Código Civil para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica” en Ortega Burgos, E., Echevarría de Rada, T. (dirs.), Rodríguez Rodríguez, D. M., Winkels Arce, I., Antequera Medina, S., Zabalgo, P., Criado Inchauspe, A., Antón Juárez, I. (coord.), *Derecho de Familia 2023*, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 287-308.

Seoane, J. A., “¿Qué es una persona con discapacidad?”, *Ágora*, vol. 30, n. 1, 2011, pp. 143-161

Turturro Pérez de los Cobos, S., “El modelo social de discapacidad: un cambio de paradigma y la reforma del artículo 49 CE”, *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, vol. 12, n. 1, 2022, pp. 37-65.