



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

LA SUSTITUCIÓN EJEMPLAR EN LA LEY 8/2021 DE 2 DE JUNIO: ALTERNATIVAS TRAS SU DESAPARICIÓN

Autor

Marcos Benito Arnal

Directores

Sofía de Salas Murillo

Facultad de Derecho
Curso 2021/2022

ÍNDICE

SUSTITUCIÓN EJEMPLAR EN LA LO 8/2021 DE 2 DE JUNIO: ALTERNATIVAS TRAS SU DESAPARICIÓN	2
LISTADO DE ABREVIATURAS	2
I. INTRODUCCIÓN	3
APROXIMACIÓN A LA SUSTITUCIÓN SUCESORIA	3
MOTIVACIÓN	5
OBJETIVOS Y METODOLOGÍA	6
II. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE NUEVA YORK DEL 2006	6
CARACTERÍSTICAS DEL NUEVO SISTEMA: VISIÓN GENERAL	6
LA CAPACIDAD PARA TESTAR	10
La capacidad para testar de los incapacitados en el sistema de tutelas	11
El complemento de la capacidad para testar a través del sistema de apoyos	12
III. LA SUSTITUCIÓN EJEMPLAR COMO MEDIO DE PROTECCIÓN DEL INCAPAZ	14
CONCEPTO Y FINALIDAD DE LA INSTITUCIÓN	14
TESIS RESTRICTIVA Y TESIS EXTENSIVA	15
Perspectiva jurisprudencial	17
Proximidad de la tesis restrictiva al fideicomiso de residuo	19
COMPATIBILIDAD CON LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK (ART. 12)	20
Previsión de compatibilidad antes de la Ley 8/2021	20
Incompatibilidad con la Ley 8/2021	21
IV. EL FIDEICOMISO DE RESIDUO COMO ALTERNATIVA	23
CONCEPTO Y FINALIDAD DE LA INSTITUCIÓN	23
COMPATIBILIDAD CON LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK	25
DERECHO TRANSITORIO (DISPOSICIÓN TRANSITORIA 4 ^a LEY 8/2021)	26
LA NUEVA CONCEPCIÓN DEL FIDEICOMISO TRAS LA REFORMA	27
V. POSIBLE PAPEL DE LA FIDUCIA ARAGONESA	28
CONCEPTO Y FINALIDAD DE LA INSTITUCIÓN	28
COMPATIBILIDAD CON EL FIN PERSEGUIDO POR LA SUSTITUCIÓN EJEMPLAR	30
VI. CONCLUSIONES	31
BIBLIOGRAFÍA	34

**SUSTITUCIÓN EJEMPLAR EN LA LO 8/2021 DE 2 DE JUNIO:
ALTERNATIVAS TRAS SU DESAPARICIÓN**

LISTADO DE ABREVIATURAS

CC: Código Civil.

DUDH: Declaración Universal de los Derechos Humanos.

CDPD: Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Art.: Artículo.

CDFA: Código de Derecho Foral Aragonés.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

STSJA: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

I. INTRODUCCIÓN

1. APROXIMACIÓN A LA SUSTITUCIÓN SUCESORIA

A lo largo de este trabajo abordaré la materia de la sustitución hereditaria y su utilidad en el caso de testamentos en los que se quiere favorecer a las personas con discapacidad, por lo que parece preceptivo realizar un sucido análisis de los conceptos básicos de la materia.

El legislador español ha permitido tradicionalmente el empleo, en nuestro Derecho sucesorio, de determinadas instituciones comúnmente conocidas como sustituciones voluntarias. Así se deriva de la redacción del artículo 774 del Código Civil español, que establece la facultad del testador en la ordenación de su sucesión, de nombrar a una o más personas como sustitutos del heredero o herederos que vayan a ser llamados en el momento de la apertura de su sucesión, para el caso de que cuando la delación se produzca, no quieran o no puedan sucederle.

A través de esta técnica, se ha logrado eludir la apertura de la sucesión intestada, haciendo posible un mayor acercamiento del destino de las relaciones jurídicas de los causantes, a la voluntad real de los mismos, sin tener que acudir al CC para determinar los herederos. Debemos diferenciar aquí varios sujetos que intervienen en esta figura. De un lado tenemos al causante, que dispondrá de su haber hereditario como mejor considere, nombrando heredero a un primer instituido. El testador, al hacer uso de la sustitución sucesoria, en previsión de que aquel que ha instituido heredero no pueda o no quiera sucederle, nombra una tercera persona que pasará a ser llamada en este caso. De esta forma encontramos al causante que dispone, al primer instituido o sustituido, y al segundo llamado, conocido como el sustituto.

En el Código podemos diferenciar dos tipos de sustituciones:

En primer lugar, encontramos las sustituciones directas o de primer grado, en las que el sustituto es llamado a ocupar el lugar del primer instituido solo en el caso de que este no llegue a suceder al causante. De este modo, esta sustitución implica un único llamamiento, al instituido, o al sustituto. Esta es la sustitución vulgar que el CC regula en el art. 774. Esta sustitución procede pues en caso de muerte, repudiación de la herencia o imposibilidad del sustituido para suceder al causante por cualquier causa.

En segundo lugar, el Código regula la sustitución indirecta o de segundo grado. En estos casos, el sustituto es llamado a ocupar el lugar del primer llamado a partir de cierto momento o del cumplimiento de cierta condición. Implica dos llamamientos sucesivos: en un primer momento al primer llamado, y en un segundo momento, cuando se cumple

la condición o cuando llega cierto momento, al sustituto. Estas son las sustituciones fideicomisarias, pupilar y ejemplar.

El artículo 775 CC se encarga de regular la sustitución pupilar¹. Esta figura hace posible que, ante la eventualidad de que quien no tiene capacidad para testar por no haber alcanzado edad suficiente para ello -14 años, de acuerdo con el art. 663 CC-, los progenitores y demás ascendientes tienen la facultad de nombrar sustitutos a sus descendientes, evitando de esta forma la apertura de la sucesión intestada.

En el artículo 776 CC, hasta la reforma de la Ley 8/2021 se regulaba la sustitución ejemplar², que consiste en la facultad que se otorga a los ascendientes del sustituido, para nombrar sustitutos al descendiente mayor de 14, que hubiera sido incapacitado por sentencia judicial firme. Por lo tanto, en este supuesto, trata de evitarse la apertura de la sucesión intestada ante la eventualidad de que el incapaz mayor de 14, no llegue a recobrar capacidad suficiente para testar.

Estas dos figuras, quedarían sin efecto, por lo tanto, en caso de que el menor de 14 alcance dicha edad, o el incapacitado recobre la capacidad o teste en intervalo lúcido, dado que la finalidad de las mismas, evitar la apertura de la sucesión intestada, ya se habría cumplido. Por último, la legislación estatal dedica los artículos 781 y siguientes a la regulación del fideicomiso o sustitución fideicomisaria, la cual permite al testador nombrar dos o más herederos sucesivos, un primero conocido como heredero fiduciario, que recibe la herencia a la muerte del causante, y un segundo conocido como heredero fideicomisario, que la recibirá a la muerte del primer instituido. En este caso ambos son llamados, son herederos y suceden al testador, pero de forma sucesiva.

Dentro de la sustitución fideicomisaria debemos diferenciar dos clases³:

- El fideicomiso al que alude el artículo 781, que sería el prototípico, en el que el fiduciario viene obligado a entregar al fideicomisario «todos los bienes relictos o cuando menos, una cuota parte de los mismos».

¹ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., «Función de las sustituciones pupilar y ejemplar», en *Comentarios al Código Civil IV*, BERCOVITZ (dir.), Tirant lo Bllanch, Valencia, 2013, p. 5.701. La edad requerida para otorgar testamento son los 14 años según el Código Civil, y esta sustitución está prevista para aquellos que por no alcanzar dicha edad no pueden testar, denominados *pupillus (impubes)*.

² ALBIEZ DOHRMANN, K.J., «Función de las sustituciones pupilar y ejemplar», p. 5.701. Esta sustitución recibe este nombre por haber seguido el ejemplo de la sustitución pupilar (*ad exemplum pupillaris substitutionis*), pero extendiéndola a los mayores de 14 incapacitados.

³ GALICIA AIZPURUA, G., «La sustitución fideicomisaria, clases», en *Comentarios al Código Civil IV*, BERCOVITZ (dir.), Tirant lo Bllanch, Valencia, 2013 p. 5.717.

- El fideicomiso de residuo, en el que el causante permite al fiduciario disponer de la herencia, de tal forma que «cuando llegue el instante de la restitución, el fideicomisario únicamente recibirá aquellos bienes que el fiduciario no haya consumido o enajenado».

La sustitución ejemplar y fideicomisaria van a constituir el foco de estudio de este trabajo, pues en ellas encontramos la finalidad de protección de determinados sujetos más vulnerables, y han suscitado debates sobre su afinidad con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York de 2006, implementada en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Como cierre a esta introducción a las sustituciones hereditarias, debemos diferenciar las instituciones mencionadas anteriormente, que son propias de la sucesión voluntaria, del derecho de representación.

De acuerdo con el artículo 924 y siguientes del Código Civil, el derecho de representación es «el que tienen los parientes de una persona para sucederle en todos los derechos que tendría si viviera o hubiera podido heredar». Este es un mecanismo sustitutorio de origen legal, en virtud del cual los descendientes de un llamado ocupan su lugar en la sucesión mortis causa del causante cuando no pueda sucederle por desheredación o incapacidad, de acuerdo con el art. 929 CC. Es una figura próxima a las sustituciones voluntarias que hemos mencionado, pero hay que distinguirlas, pues si bien las primeras buscan evitar la apertura de la sucesión intestada, las segundas, que son propias de esta sucesión, buscan la continuidad de las relaciones jurídicas del causante.

Realmente no supone que el representante actúe en nombre del representado, su actuación recaerá en su patrimonio y su persona. Quizás una nomenclatura más acertada sería la que le confiere nuestro Derecho civil aragonés, en el que se conoce como sustitución legal.

2. MOTIVACIÓN

El Derecho civil siempre ha sido una de las ramas del ordenamiento jurídico que más ha llamado mi atención, y especialmente, la sucesión de las personas físicas me despierta gran interés.

Dentro de esta rama del Derecho, me parece de vital importancia proporcionar una especial protección a aquellas personas que, por su condición, necesitan el apoyo de otras

para actuar en la vida pública, en igualdad de condiciones con las demás. Aunque la idea de la Convención es esta –colocarles en igualdad de condiciones con las demás personas, para conseguir la plena igualdad en el ejercicio de su capacidad jurídica- lo cierto es que muchas de ellas siguen necesitando una especial protección: precisamente, el Derecho sucesorio proporciona instituciones que buscan una mayor protección de estos individuos, ya no solo para sus relaciones mortis causa, sino también para garantizarles una mejor atención en vida.

A través del anterior sistema, la protección de los incapaces era clara, y el cambio de sistema con la Convención de Nueva York suscita dudas acerca de la protección real que reciben las ahora personas sujetas a instituciones de apoyo.

3. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

Con este trabajo expondré el cambio suscitado por la actualización del sistema de incapacitación con la Ley 8/2021 de 2 de junio, impulsada por la Convención de Nueva York de 2006.

Me centraré en la desaparición de la sustitución ejemplar, y las alternativas que se plantean. En primer lugar, el fideicomiso de residuo como principal alternativa que ofrece el legislador estatal y, en segundo lugar, una breve aproximación a la fiducia aragonesa, que podría suponer una alternativa eficaz a la sustitución ejemplar, en previsión de que esta no sea derogada una vez actualizado el Código Foral Aragonés, pues como es bien sabido, todavía no ha ajustado su contenido a la citada Convención.

Haré un repaso de las opiniones doctrinales anteriores a la aprobación de la Ley 8/2021, para resaltar el contraste con lo que finalmente ha resultado de la misma. Incluiré un sucinto análisis jurisprudencial de la concepción de la sustitución ejemplar del que vienen diferenciándose dos tesis, restrictiva y extensiva.

II. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE NUEVA YORK DEL 2006

1. CARACTERÍSTICAS DEL NUEVO SISTEMA: VISIÓN GENERAL

El acercamiento de las personas con discapacidad a la igualdad de trato y los derechos humanos, se promueve desde hace ya décadas. A lo largo de la historia se han establecido distintos modelos de discapacidad, que suponen un trato distinto a los discapacitados, y un reconocimiento diferente de los derechos de estas personas. Así pues, vamos a diferenciar entre tres modelos de discapacidad:

- En primer lugar, el modelo de exclusión. Este es el sistema que se instauró en las civilizaciones de la antigua Grecia y Roma, y que se extendió a lo largo de la Edad Media⁴. Como su propio nombre indica, las personas con discapacidad eran excluidas de la sociedad, pues se entendía que sufrían un castigo divino, y por tanto no era una vida digna de ser vivida⁵.
- Posteriormente, con el modelo de rehabilitación⁶, se reconoce que la discapacidad tiene un origen científico, por lo que la normalización de su situación pasa por un análisis médico, una rehabilitación y estas personas serán beneficiarias de ayudas de los servicios sociales, ya que no se consideran iguales para actuar en la vida pública. «El fin primordial que se persigue desde este paradigma es normalizar a las personas con discapacidad, aunque ello implique forjar a la desaparición o el ocultamiento de la diferencia que la misma discapacidad representa»⁷.
- En los últimos años, el modelo social se ha convertido en el fin último de los legisladores tras la referida Convención de Nueva York. Este nuevo modelo rechaza el origen divino o científico de las causas de discapacidad, y le atribuye un origen social. Es la propia sociedad la que tiene que adaptarse o normalizarse, para evitar que se produzcan esas limitaciones en la actuación en la vida pública de las personas necesitadas de apoyo. Se trata de alcanzar la inclusión y rehabilitación a través de la igualdad de oportunidades⁸.

El origen del modelo social se sitúa en Inglaterra y Estados Unidos, a finales de la década de los sesenta y principios de los setenta del siglo XX. Es en este momento cuando se pone en tela de juicio la consideración de la discapacidad como un problema individual

⁴ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M^a B. «Discapacidad y ejercicio de la autonomía personal», en *Sistema de apoyos para personas con discapacidad: medidas jurídico-civiles y sociales*, FERNANDEZ (dir.), Dykinson, Madrid, 2021, p. 16. «Si un niño nacía con discapacidad se consideraba una carga para sus padres y desde luego para la sociedad de manera que se acudía al infanticidio. En la Edad Media ... se incluían en grupos de pobres o marginados y se percibían por la sociedad con un estigma insalvable.».

⁵ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M^a B., «Discapacidad y ejercicio de la autonomía personal», Dykinson, Madrid, 2021, *vid. p. 16*.

⁶ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M^a B., «Discapacidad y ejercicio de la autonomía personal», Dykinson, Madrid, 2021, *vid. p. 17*. «A partir de 1960, se extendió la rehabilitación a cualquier persona con discapacidad...el afán de integración de la persona que pretende pasa por una ocultación de la deficiencia que padece».

⁷ PALACIOS, A. y BARIFFI, F., «Una aproximación a diferentes modelos de tratamiento de la discapacidad», en *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, TRUJILLO (dir.), Cinca, Madrid, 2007, *vid. p. 15*.

⁸ PALACIOS, A. y BARIFFI, F., «Una aproximación a diferentes modelos de tratamiento de la discapacidad», *vid. p. 19*.

de origen científico. Son los propios discapacitados quienes comienzan a movilizarse para alcanzar la deseada igualdad.

Constancia de esto queda en obras de autores como Paul Abberley⁹, quien denuncia una situación de opresión, similar a la sufrida por otros sectores de la sociedad, por cuestiones de raza, religión o sexo¹⁰, o Roger G. Barker que seguía la misma línea argumentativa al afirmar que «la persona con una discapacidad física está en una situación similar al negro, el judío y otras minorías raciales y religiosas desfavorecidas»¹¹.

Estas denuncias no cayeron en saco roto, y se comenzó a trabajar para un futuro lejos de la opresión y la desigualdad que suponían modelos anteriores de discapacidad.

Ya en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, encontramos una tendencia firme, dirigida al establecimiento de este nuevo modelo. Sin entrar en su articulado, ya queda latente su intención de alcanzar una igualdad real para toda la «familia humana». En su preámbulo establece el reconocimiento de los derechos humanos en un plano de igualdad, como base fundamental para la libertad, la justicia y la paz en el mundo, y supone un compromiso de trabajo hacia el respeto a los derechos y libertades con el fin de alcanzar un reconocimiento universal. Sobra decir, que en su artículo 1 se proclama la igualdad de todos los seres humanos, que nacemos libres e iguales, lo que indudablemente supone una declaración de intenciones de terminar con el modelo de rehabilitación, para dirigirnos a un modelo en el que la prioridad principal es garantizar el ejercicio de los derechos en un plano de igualdad para todos.

La Declaración de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1993, reafirma el compromiso asumido en la DUDH, y asume la defensa de los derechos humanos como una cuestión prioritaria, y la indispensable necesidad de cooperación para crear unas condiciones óptimas para «el disfrute pleno y efectivo de los derechos humanos». A través de esta Conferencia se declaró ya la importancia de garantizar «la igualdad de oportunidades mediante la supresión de todos los obstáculos determinados

⁹ ABBERLEY, P., «The Concept of Oppression and the Development of a Social Theory of Disability», *Disability, Handicap and society*, vol. 2, nº 1, 1987. El autor contraíó poliomielitis o polio en la última gran epidemia de la enfermedad en Inglaterra, cuando tan solo tenía cinco años. No pudo ingresar en una escuela de primaria hasta los siete años, por carecer de la movilidad personal necesaria para acceder a la misma.

¹⁰ ABBERLEY, P., «The Concept of Oppression and Development of a Social Theory of Disability», *cit.* p. 5 y 6.

¹¹ BARKER, R. G., «The Social Psychology of Physical Disability», en *Journal of Social Issues*, vol 4, 1948, p. 31, «the physically disabled person is in a position not unlike the Negro, the Jew and other underprivileged racial and religious minorities».

socialmente, ya sean físicos, económicos, sociales o psicológicos, que excluyan o restrinjan su plena participación en la sociedad».

En el mismo sentido se promulgan las Normas Uniformes sobre igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad de 1993, que tienen como fin garantizar a los discapacitados los mismos derechos y obligaciones que tienen los demás miembros de la sociedad a la que perteneces, terminando con todos los obstáculos que les impiden alcanzar este grado de igualdad.

A tenor de esta tendencia, se desemboca en la aprobación el 13 de diciembre de 2006 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en la que las Naciones Unidas fija el objetivo – en el artículo 1 – de garantizar el disfrute de todos los derechos humanos y libertades fundamentales a todas las personas con discapacidad, incluyendo en su ámbito de protección tanto a las personas con deficiencias físicas, como psíquicas, y estableciendo como principios regentes de la Convención – en su artículo 3 – el respeto a la dignidad y la autonomía, la no discriminación, la inclusión plena y efectiva en la sociedad, el respeto a la diferencia, la accesibilidad y la igualdad.

La CDPD supone un cambio radical en la concepción de la discapacidad. Reconoce en su artículo 12.2 la igualdad de condiciones en el ejercicio de su capacidad jurídica en todos los aspectos de su vida. Nos aleja del sistema de tutelas establecido por la Ley 13/1983, y en su lugar introduce las medidas de apoyo para asegurar que en el ejercicio de la capacidad jurídica se les proporcionen salvaguardias proporcionales para que no se produzcan abusos, se respeten sus derechos, preferencias y voluntad¹².

La Ley 8/2021 no es la primera que se aprueba siguiendo las pautas de la Convención, otras leyes en materia de discapacidad han sido aprobadas con anterioridad con el mismo objeto, no obstante, la relevancia de la ley 8/2021 reside en su transversalidad, en el sentido de que no solo supone una modificación del Código Civil, sino que adapta muchas otras normas, tales como la Ley del Notariado, la Ley del Registro Civil, la Ley de Jurisdicción Voluntaria, Ley de Enjuiciamiento Civil, el Código de Comercio, la Ley de protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, lo que deja constancia del gran calado de la reforma operada a través de esta Ley.

¹² PARRA LUCÁN, M^a. A., «Las personas con discapacidad psíquica», en *Derecho de la Persona, Curso de Derecho Civil (I), Volumen II*, CONTRERAS (coord.), Edisofer, *vid.* pp. 132 y 133.

2. LA CAPACIDAD PARA TESTAR

Antes de introducirnos en el análisis de la capacidad para testar, conviene recordar unas nociones básicas del concepto de testamento.

La definición de testamento viene recogida en el art. 667 CC, que establece que «El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos se llama testamento». Se trata de un negocio jurídico unilateral que implica una declaración de voluntad seria y claramente expresada de una persona física, en virtud de la cual dispone de sus bienes para después de su muerte a favor de sus sucesores – herederos y legatarios–, ello sin perjuicio de que pueda contener declaraciones de carácter no patrimonial.

El testamento es un negocio jurídico unilateral y unipersonal, puesto que se prohíben los pactos sucesorios y testamentos mancomunados de acuerdo con el artículo 669 CC, a diferencia de lo que dicta nuestro Código de Derecho Foral Aragonés.

Se trata de un negocio jurídico personalísimo. En virtud del art. 670 CC se prohíbe que el causante deje la formación total o parcial del testamento al arbitrio de un tercero, un comisario o mandatario. Ni siquiera se permite delegar en un tercero la subsistencia de los nombramientos de herederos y legatarios en él contenidos, ni la designación de las porciones cuando se instituye a título nominal. Es cierto que encontramos dos figuras que rompen con esta norma, recogidas en los artículos 671 y 831 CC.

El artículo 671 CC, establece la posibilidad de que el testador encomiende a un tercero la distribución de las cantidades que dispone en favor de clases determinadas, tales como los pobres, establecimientos de beneficencia, la Iglesia...

De otro lado, el artículo 831 CC introduce una figura cercana a la fiducia sucesoria del Derecho Aragonés. En Aragón, de acuerdo con el art. 439 CDFA, el causante tiene la posibilidad de ordenar él mismo su sucesión vía testamento o pacto sucesorio, o bien puede confiar en un tercero de su confianza la ordenación de su sucesión. Este artículo del Código Civil sólo permite nombrar fiduciario al cónyuge del testador, y sus facultades de ordenación de la sucesión del causante quedan limitadas al reparto de las mejoras de los descendientes.

El testamento es un negocio jurídico solemne, sometido a los requisitos formales recogidos en el artículo 676 y siguientes del CC, y esencialmente revocable de acuerdo con el artículo 737 CC.

Por lo tanto, estamos ante un negocio jurídico unilateral, unipersonal, personalísimo, solemne y esencialmente revocable, que para su otorgamiento requiere de una capacidad,

que tras la modificación que nos ha brindado la Ley 8/2021, ha sufrido algunos cambios que abordaré a continuación.

2.1. La capacidad para testar de los incapacitados en el sistema de tutelas

Con el anterior sistema de incapacidad y tutelas, no se reconocía, en un plano de igualdad, la capacidad de todas las personas.

De acuerdo con la anterior redacción del artículo 199 CC, «nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley», de forma que, a través de una sentencia judicial firme que declare la existencia de causa de incapacitación, las cuales el artículo 200 CC definía como enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impiden a la persona gobernarse por sí mismo, una persona podía ver su capacidad jurídica modificada, debiendo acomodarse a las cautelas que el juez haya previsto, ya sea la provisión de un tutor para actuar en su representación, o la intervención de un tercero para complementar la capacidad en determinados actos – curador –.

En la materia que nos ocupa, la capacidad para testar, al tenor de los artículos 662 a 666, se regía por el principio rector del *favor testamenti*, que constituía una manifestación legal de facilitar la posibilidad de que las personas físicas ordenasen su sucesión. Se trataba de buscar la capacidad natural, es decir, la que en el momento de otorgar el testamento tenía la persona, independientemente de si se encuentra incapacitado por una sentencia judicial firme. Es la capacidad de querer y entender el negocio jurídico que se está otorgando¹³.

La jurisprudencia avalaba el *favor testamenti*: prueba de ello encontramos en la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1956, que afirma la posibilidad de otorgar testamento, independientemente de la existencia de una sentencia de incapacitación, siempre que el otorgante se encuentre en intervalo lúcido, es decir, que tenga capacidad natural. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1998 aplicaba las causas de incapacidad para testar del artículo 663 CC, no solo a menores de 14 e incapacitados judicialmente, sino también a aquellos que carecieran de la capacidad natural de querer y entender el negocio jurídico en cuestión.

Por lo tanto, en el anterior sistema nos podíamos encontrar ante distintos supuestos¹⁴:

¹³ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., «La capacidad para testar y el favor testamenti. Razones de la regulación», en *Comentarios al Código Civil IV*, BERCOVITZ (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013 p. 5.113.

¹⁴ BAYOD LÓPEZ, C., *Cuaderno II, La Capacidad para testar y las clases de testamento. El albaceazgo y la ineficacia del testamento*, Dykinson, 2016, p. 14.

- Que la sentencia de incapacidad reconociese a la persona incapacitada, la capacidad para testar, en cuyo caso no sería necesario siquiera observar los requisitos del artículo 665 CC, que veremos a continuación.
- Que la sentencia no se pronunciase acerca de la capacidad del incapacitado para testar. Este es el supuesto que contemplaba específicamente el artículo 665 CC. Esta norma imponía la obligación al Notario, en caso de que la sentencia de incapacidad no se pronunciase sobre la capacidad para testar, de designar a dos facultativos que reconocieran al incapaz, y no autorizar su testamento hasta que estos últimos no respondieran de su capacidad.
- Que la sentencia admitiese la capacidad para testar del discapacitado siempre y cuando se cumpliesen los requisitos legales, es decir, los que se derivan del artículo 665 CC.
- Que la sentencia incapacitase plenamente para testar, en cuyo caso no podría otorgar testamento, ni aun cumpliendo los requisitos legales analizados.

La doctrina se inclinaba hacia la posibilidad de que el incapacitado teste en intervalo lúcido, no obstante, dentro de las diversas formas de testamentarias, las más convenientes serían el testamento abierto y cerrado, pues son aquellas que se otorgan ante notario que aseveraría la concurrencia de capacidad natural de querer y entender el acto jurídico, y en su caso, acudiría a los requisitos del artículo 665 CC, para que sean los facultativos quienes reconozcan al incapaz.

De todas formas, cabría excluir el testamento notarial cerrado, pues en este supuesto, tal y como establece el artículo 680 CC «el testador, sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en el pliego que presenta a las personas que han de autorizar el acto», de forma que el notario no podía dar fe de la capacidad que el testador tenía en el momento de otorgar dicho testamento.

Así pues, en el anterior sistema de tutelas, el incapacitado podía otorgar testamento notarial abierto, que dejase constancia de su capacidad para testar, a través del informe de los facultativos prescritos en el artículo 665 CC.

2.2. El complemento de la capacidad para testar a través del sistema de apoyos

Como he dicho anteriormente, la reforma que proporciona la Ley 8/2021 elimina la incapacidad, no simplemente para utilizar otro término más adecuado o respetuoso, sino que introduce una modificación de gran calado.

Tal y como se establece en el preámbulo de la citada norma, «las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que

ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos». A partir de aquí, el cambio en la redacción del Código Civil deja claro, que la regla general es que todo el mundo tiene capacidad para testar, manteniendo de esta forma el principio de *favor testamenti*.

La Convención de Nueva York de la que deriva esta reforma, marca el camino al respeto de la voluntad de las personas, reconociendo en su artículo 12, capacidad jurídica en igualdad de condiciones a todos los ciudadanos «en todos los aspectos de la vida». Además, en su artículo 3 encontramos, del mismo modo, la tendencia que quiere marcar este texto, hacia el respeto a la voluntad individual de las personas, pues establece como principio general «el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas».

Así pues, como resultado de la trasposición de la Convención de Nueva York, el artículo 663 CC mantiene la edad para otorgar testamento en los 14 años –con la excepción del testamento ológrafo, para el que el artículo 688 CC mantiene la mayoría de edad para su otorgamiento–, y cambia la redacción de su apartado segundo, para reconocer la capacidad para testar a todas aquellas personas que, en el momento de otorgar el testamento, puedan conformar su voluntad, aunque para ello necesiten de alguna medida de apoyo. Esta facultad, según el artículo 666 CC, deberá valorarse en el momento del otorgamiento, es decir, se tiene que valorar el estado en el que se halle el testador en el momento de otorgar el testamento.

Gran peso recae sobre la figura del Notario, pues es este el encargado de llevar a cabo ese juicio de valor, de observar y ponderar si el otorgante dispone de las facultades suficientes para conformar su voluntad y comprender el alcance de las disposiciones que se recogen en el testamento. Ya no es preciso que el Notario designe a dos facultativos para que reconozcan el estado de la persona que dispone en el momento en el que lo hace, pues la capacidad se le reconoce plenamente, y este solo aseverará que dispone de los medios suficientes para expresar su voluntad, debiendo, además, procurar que el testador desarrolle su voluntad de forma individual «apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resultan necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias».

Viendo el gran peso que se pone sobre los hombros de los Notarios, no parece, el testamento ológrafo, el instrumento más adecuado una vez más, pues cuando el Notario lo recibe para su adveración y protocolización, ya no puede realizar el juicio valorativo de la facultad de conformar su voluntad y comprender el alcance de sus disposiciones,

que tuvo el testador en el momento de su otorgamiento, ni si, de no tener plenas facultades, actúo con los apoyos necesarios para salvaguardarlas¹⁵.

Con un testamento notarial cerrado, el Notario sí que tiene un contacto directo con el testador, pero de forma similar a lo que sucede con el testamento ológrafo, no puede cerciorarse de que el disponente, en el momento de escribir y firmar sus últimas voluntades, tenía la posibilidad de conformar su voluntad, de modo que este no puede cumplir las funciones que le atribuyen los artículos 665 y 666 CC¹⁶.

De nuevo, el testamento abierto resulta el más garantista para el ejercicio efectivo de la capacidad de todas las personas. El testamento es otorgado ante el Notario, que podrá cumplir con sus funciones corroborativas de las facultades del testador en ese preciso momento. Únicamente en la regulación de este último tipo de testamento común, encontramos una clara referencia a esta función del notario, pues en el artículo 696 CC expresamente se apela a estos funcionarios a conocer e identificar al testador, y hacer «constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento».

La nueva redacción del Código, parece mantener la preferencia del testamento notarial abierto, frente al resto de testamentos comunes, como forma de garantizar, ya no la capacidad de otorgar este instrumento, pues esta es reconocida a todas las personas, sino la facultad de expresar libremente la propia voluntad personal que tiene el disponente en el momento del otorgamiento.

III. LA SUSTITUCIÓN EJEMPLAR COMO MEDIO DE PROTECCIÓN DEL INCAPAZ

1. CONCEPTO Y FINALIDAD DE LA INSTITUCIÓN

La sustitución ejemplar venía regulada en el artículo 776 CC, hasta su derogación tras la reforma y la consecuente desaparición de dicha institución, por considerarse contraria a la Convención de Nueva York de 2006.

El origen de esta figura se encuentra ya en el Derecho Romano, en el que se permitía a cualquier ascendente, independientemente de la titularidad de la patria potestad, nombrar un heredero a aquel descendiente que sufriera alguna perturbación psíquica, la cual le privase de capacidad bastante para testar, para el caso de que falleciese en este estado, sin haber podido otorgar testamento. Esta institución sigue el ejemplo de la sustitución

¹⁵ *Vid.* Artículos 688, 689, 691 y 692 Código Civil.

¹⁶ *Vid.* Artículo 710 Código Civil.

pupilar – *ad exemplum pupilaris substitutionis* –, que permite al titular de la patria potestad designar sucesores a su hijo menor, para el caso de que este no alcance la edad necesaria para disponer mortis causa de sus bienes y derechos¹⁷.

Este mecanismo de sustitución sucesoria se ha trasladado tradicionalmente, y hasta la Ley 8/2021, a nuestro Código Civil, que hasta la derogación del citado precepto permitía al ascendiente nombrar un sustituto al descendiente, mayor de catorce, que hubiera sido declarado incapaz por enajenación mental.

El fin último de este instrumento era la elusión de la apertura de sucesión intestada del incapaz, que, por su enajenación mental, carece de la capacidad suficiente para otorgar un testamento y ordenar por sí mismo su sucesión. Entrañaba también una función de protección del incapacitado, y no simplemente una huida de la sucesión abintestato. La STS de 10 de junio de 1941 es la primera en darle un enfoque a la institución que reconoce la finalidad de suplir la capacidad del incapaz, bajo la premisa del «amor que los ascendientes profesan a sus descendientes, amor que les inclina y lleva a procurarles el bien»¹⁸.

Así pues, a través de la sustitución ejemplar se persigue un doble objetivo: por un lado, evitar la apertura de la sucesión abintestato de aquellos que por su condición mental carecen de la capacidad necesaria para ordenar su sucesión de forma voluntaria, y por otro lado otorgar una protección a estas personas, pues aquellos ascendientes que hacen uso de esta institución, tratan de proteger a sus descendientes, para asegurarles en vida la atención necesaria. Se evitan los efectos adversos de la sucesión intestada, a la par que se premia a quien toma las riendas en el cuidado de aquel que carece de capacidad natural.

2. TESIS RESTRICTIVA Y TESIS EXTENSIVA

La regulación de la sustitución ejemplar en el Código Civil era conflictiva, y suscitaba un debate acerca de la extensión cuantitativa del llamamiento hecho a través de esta. Se podía diferenciar, tal y como anuncia el título de este apartado, dos tesis en relación con esta institución: la tesis restrictiva y la tesis extensiva o amplia.

La diferencia entre ambas tesis radicaba en el alcance que podía llegar a tener la disposición que hace el sustituyente sobre el patrimonio del sustituido¹⁹.

¹⁷ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., «Funciones de la sustitución pupilar y ejemplar», en *Comentarios al Código Civil IV*, BERCOVITZ (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013 p. 5.701.

¹⁸ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «La sustitución ejemplar como medida de protección de la persona», en *Colección jurídica general*, ROGEL (dir.), Reus, Madrid, 2018, pp. 106 y 107.

¹⁹ LOPEZ FRIAS, M^a J., «La sustitución ejemplar: inconvenientes y ventajas de las tesis amplia y estricta», en *El Notario del siglo XXI*, nº 41, 2012.

La tesis amplia sigue la tradición romanista y permite que el sustituyente disponga tanto de los bienes que el sustituido adquiere en su sucesión, como del resto de los bienes que le pertenecen por otro título. De no poder disponer de la totalidad del patrimonio del sustituido, la sustitución ejemplar quedaría desvirtuada y se convertiría en una sustitución vulgar o fideicomisaria. Además, los defensores de esta tesis, que conforman un sector importantísimo de la doctrina, alegaban que, de una interpretación literal del art. 777 CC, se deducía una clara intención de otorgar al instituyente una amplia facultad dispositiva sobre los bienes del sustituido. El citado precepto reitera la necesidad de respetar la legítima estricta al hacer uso de la sustitución tanto ejemplar, como pupilar, que tendrá que tener en cuenta el sustituyente a la hora de ordenar la sucesión del sustituido, lo que parece contener la premisa de que el sustituyente puede testar por el sustituido²⁰.

Desde una perspectiva sociológica, esta tesis aportaba una mayor tranquilidad a los progenitores de las personas incapaces, pues les permitía dejar atada la totalidad de la sucesión de sus descendientes, para el caso de que ellos falleciesen antes.

La teoría más restrictiva sigue las directrices del Derecho moderno en detrimento de la tradición romanista, e interpreta que el causante podrá nombrar sustituto únicamente de los bienes que el sustituido incapaz recibe de él. Desde esta perspectiva, podemos encontrar cierta similitud con el fideicomiso de residuo, que analizaré posteriormente. Los defensores de esta tesis alegaban que la diferencia entre ambas figuras reside, por un lado, en el parentesco que ha de unir a sustituyente y sustituido en la sustitución ejemplar. Además, en el fideicomiso, incluso en el de residuo, el fideicomisario adquiere los bienes al fallecimiento del sustituyente, mientras que en la sustitución ejemplar el sustituto sucederá al sustituyente una vez fallecido el sustituido. Este sector de la doctrina interpreta el artículo 777 CC en el sentido de que, al integrar los bienes adquiridos por el incapaz parte de su patrimonio, han de tenerse en cuenta para calcular la legítima de sus herederos forzosos²¹. La sustitución ejemplar no supone un gravamen para los bienes que adquiere el sustituido, de forma que el sustituto adquirirá los bienes restantes, de los que el sustituido no haya dispuesto en vida, con la representación legal necesaria.

Este sector, trataba de rebatir el argumento sociológico de los defensores de la tesis amplia, argumentando que el Derecho ha de atender a la realidad social, y con la admisión del divorcio, y la posibilidad de contraer ulteriores nupcias, se corría el riesgo de incurrir

²⁰ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., «Artículo 777», en *Comentarios al Código Civil IV*, BERCOVITZ (dir.), Tirant lo Blanç, Valencia, 2013 p. 5.707.

²¹ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., «Artículo 777», p. 5.707.

en situaciones poco deseadas y carentes de sentido: así, por ejemplo, se abriría la posibilidad al ascendiente, de disponer de los bienes del sustituido, adquiridos por donación de su ex-cónyuge, con el que ya no tiene ninguna relación, siendo un resultado del todo absurdo, y un caldo de cultivo perfecto para los conflictos intrafamiliares.

2.1. Perspectiva jurisprudencial

Podemos encontrar argumentos a favor y en contra de ambas teorías. El Tribunal Supremo ha defendido ambas tesis a través de su jurisprudencia, aunque se puede resaltar una clara tendencia favorable a considerar más adecuada la concepción de la tesis amplia, aunque hay sentencias en otra dirección.

Así, en la STS de 20 de marzo de 1976 (RJ 1967/1665)²², el Tribunal destaca el carácter personal del testamento que fundamenta su argumentación en contra de la tesis amplia, pues a través de esta el sustituyente no está sino testando por el sustituido.

La argumentación de la citada sentencia no se queda en el quebrantamiento del carácter personalísimo del acto. Denuncia también el conflicto que puede suponer la concurrencia de varios ascendientes que, haciendo uso de la sustitución ejemplar, testen por un mismo descendiente. De todas formas, este problema sería fácilmente resuelto estableciendo un orden de preferencia.

Continúa la sentencia denunciando la posible privación que podría sufrir un ascendiente respecto de la parte de libre disposición que le correspondería en la herencia del descendiente, por la disposición hecha por otro ascendiente, amparada en la tesis amplia de esta institución. De todos modos, este resultado no puede achacarse únicamente a la sustitución ejemplar, pues el incapaz podría testar en intervalo lúcido y disponer de su haber hereditario como mejor considere, incluso privando a uno de sus progenitores de sucederle.

La postura que adopta esta sentencia no es la que ha seguido la línea jurisprudencial general del Alto Tribunal, aunque sí es cierto que se ha recogido en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de febrero de 2003²³.

²² DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *La sustitución ejemplar como medida de protección de la persona*, Reus, Madrid, 2018, pp. 176 Y 177.

²³ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de febrero de 2003 (RJ 2003/2269), p. 2, «Se resalta el carácter personalísimo del testamento, prohibiendo el testamento por comisario (art. 670), y se suprime todas las disposiciones que el Derecho hasta entonces establecía para el caso de pluralidad de sustituyentes, lo que revela la concepción de que dicha situación solo tiene por objeto los bienes dejados al sustituido incapaz, ya que, en dicho caso, no cabe la concurrencia de diversas sustituciones, por abarcar cada una de ellas distintas masas patrimoniales.»

Si nos remontamos en el tiempo, la STS de 6 de febrero de 1907²⁴ nos plantea el caso de una madre, que en previsión de que su hijo falleciera después de ella, sin testar y en el estado de incapacidad en el que se encontraba, nombraba herederos de todo el patrimonio de su hijo a sus hermanos, y en caso de que éstos fallezcan, a sus hijos, concediéndoles derecho a acrecerse unos a otros.

Los familiares del difunto padre promueven el juicio sobre la base del carácter personalísimo del testamento. No obstante, el Tribunal Supremo reconoce al testamento otorgado por la madre la misma eficacia que si lo hubiese otorgado el propio incapaz, en intervalo lúcido, o si hubiera tenido plena capacidad.

Por su parte, la STS de 20 de mayo de 1972 (RAJ 2559)²⁵, que reconoce que la sustitución ejemplar y pupilar constituyen dos excepciones al carácter personalísimo del testamento. Del mismo modo que la caracterización de este negocio jurídico, estas dos figuras también traen causa del Derecho Romano, y ya en este se defendía una concepción amplia de la sustitución ejemplar.

Finalmente, el TS se pronunció acerca de esta cuestión en su sentencia de 14 de abril de 2011 (RJ 2011/2753)²⁶, dejando claro que la postura del Tribunal es favorable a la tesis amplia de la sustitución ejemplar. Esta resolución rechaza de lleno la concepción restrictiva de esta institución, pues la disposición para después de los días de los bienes que el sustituido adquiere del ascendente sustituyente, bien se podría alcanzar a través del fideicomiso, como veremos en el siguiente epígrafe. El Tribunal apoya su argumentación en la tradición interpretativa que ha fijado él mismo a lo largo de los años, y se remonta a la mencionada STS de 6 de febrero de 1907, a partir de la cual hace un recorrido cronológico, que evidencia la innegable tendencia del Supremo de concebir la sustitución ejemplar como la facultad del ascendiente de nombrar herederos al descendiente incapaz en todo su patrimonio, y no solo en lo que este último adquiere del sustituyente, con la finalidad de evitar la apertura de la sucesión intestada del incapaz²⁷.

²⁴ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *La sustitución ejemplar como medida de protección de la persona*, p. 174.

²⁵ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *La sustitución ejemplar como medida de protección de la persona*, p. 178.

²⁶ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *La sustitución ejemplar como medida de protección de la persona*, pp. 180 y 181.

²⁷ Sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2011, vlex. «Esta sala tiene declarado desde la sentencia de 6 de febrero de 1907 que la sustitución ejemplar consiste en un nombramiento de heredero del incapaz por el sustituyente y su finalidad es la evitación de la sucesión intestada de aquel....»

El Tribunal falla a favor de la doctrina mayoritaria, desestimando los recursos de casación interpuestos en base a una interpretación restrictiva del artículo 776 CC, reafirmando en la doctrina más reciente esta concepción de la sustitución ejemplar.

2.2. Proximidad de la tesis restrictiva al fideicomiso de residuo

Aplicando la tesis restrictiva de la sustitución ejemplar, el sustituyente únicamente podía nombrar sustituto al incapaz, en los bienes que este último ha adquirido de él, operando la sucesión intestada, o testada en el caso de que hubiera testado en intervalo lúcido, respecto del resto del patrimonio del incapaz.

Como expuse en la introducción, el fideicomiso o sustitución fideicomisaria también es un mecanismo de sustitución sucesoria. En particular, en el fideicomiso de residuo, el sustituyente nombra un fiduciario que no tiene el deber de conservar la herencia del testador, sino que puede disponer de la misma con la extensión y efectos que el disponente establezca en el instrumento de ordenación sucesoria que utilice para ordenar su sucesión. De esta forma, el fideicomisario heredará los bienes de la herencia del testador de los que el primer fiduciario no haya dispuesto²⁸.

Las facultades dispositivas del fiduciario pueden ser tan amplias como el sustituyente considere, pudiendo llegar a permitirle incluso la disposición *mortis causa* de los bienes adquiridos a través de esta institución. Esta es una figura más específica, conocida en la doctrina como institución preventiva de residuo o fideicomiso preventivo de residuo. En este caso el causante nombra un sustituto al heredero para el caso de que este no haya dispuesto *inter vivos* y *mortis causa* de todos los bienes adquiridos en virtud de su herencia²⁹.

No es de sorprender que se hable de la similitud de la tesis restrictiva de la sustitución ejemplar con el fideicomiso de residuo. A través de ambas figuras se puede conseguir un mismo resultado material. El incapaz, que en la sustitución fideicomisaria ocuparía la posición del fiduciario, adquiere los bienes del sustituyente a su muerte, otorgándole la facultad a este último de ordenar exclusivamente la sucesión de los bienes que dispone *mortis causa* a favor del incapaz, para después de los días de este, en previsión de que fallezca sin haber podido ordenar su sucesión voluntariamente.

Quizás la diferencia que se evidencia entre ambas figuras, no se encuentra en el resultado material que producen, sino en la motivación de las mismas. Mientras la sustitución

²⁸ RIVAS MARTINEZ, JJ., «Fideicomiso de residuo», en *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, LLEDO *et al.* (dir.), Dykinson, Madrid, 2014, p. 471.

²⁹ RIVAS MARTINEZ, JJ., «Institución preventiva de residuo», p. 478.

fideicomisaria busca únicamente evitar la apertura de la sucesión intestada, la sustitución ejemplar, aparte de perseguir ese mismo objetivo, trataba de garantizar a los incapacitados la asistencia y atención suficiente que requerían en vida, premiando de alguna forma a quien se ocupa de esta tarea de asistencia al incapaz.

3. COMPATIBILIDAD CON LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK (ART. 12)

3.1. Previsión de compatibilidad antes de la Ley 8/2021

Algunos autores, antes incluso de que comenzase la elaboración del proyecto de reforma, ya defendían la continuidad de la vigencia de las sustituciones pupilar y ejemplar en la reforma.

Haciendo una interpretación basada en la tesis amplia, diferenciaban la sustitución ejemplar de la vulgar y fideicomisaria, remarcando que los efectos de la sustitución ejemplar no eran los mismos que los de estas dos figuras, negando que exista una duplicidad innecesaria. Con una interpretación extensiva, nos alejamos del resultado material que obtenemos a través del fideicomiso de residuo, de modo que es a través de esta interpretación que los partidarios del mantenimiento de la sustitución ejemplar defendían su genuinidad³⁰.

Esta sección de la doctrina que aboga por la conservación de esta institución, rebatía el argumento de los defensores de la tesis estricta basado en el carácter personalísimo del testamento recogido en el artículo 670 CC. Defendían que la afirmación «el testamento es un acto personalísimo» que se recoge al inicio de este precepto, es incompleta, y es necesario ponerla en relación con el resto del texto de la norma para completar su significado. El artículo continúa diciendo que «no podrá dejarse, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario ni mandatario». Completan el significado del carácter personalísimo del testamento interpretando que lo que el Código no permite es que el futuro causante permita, por propia iniciativa, que sea la libre voluntad de otra persona la que ordene su sucesión.³¹

El Derecho foral catalán, que tradicionalmente ha sido uno de los Derechos regionales que más importancia ha dado a la sustitución ejemplar, aprobó en el 2008, dos años después de la Convención, la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código

³⁰ LINARES NOCI, R., «Reflexiones críticas en torno a una futura reforma legislativa en la materia», en *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, LLEDO *et al.* (dir.), Dykinson, Madrid, 2014, p. 504.

³¹ LINARES NOCI, R., «Reflexiones críticas en torno a una futura reforma legislativa en la materia», pp. 505, 506.

Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, que mantenía la regulación de la sustitución ejemplar, con la única novedad de la modificación de las reglas de designación de sustitutos en aras a una adaptación a la nueva realidad social³².

Tanto un sector de la doctrina, como el legislador catalán, apostaban así por el mantenimiento de las sustituciones ejemplar y pupilar – entendidas como las dos caras de una misma moneda – frente a una eventual reforma de la legislación civil, bajo la concepción de tales figuras como testamentos sustitutorios, que las alejan del resultado material alcanzable a través de otras figuras sustitutorias como la sustitución vulgar o fideicomisaria.

En línea con estos autores, una vez que se planteó el proyecto de reforma, esta sección de la doctrina continuaba abogando por la necesidad de mantener en vigencia la institución que nos ocupa, defendiendo argumentos similares.

De nuevo, apoyándose en la interpretación extensiva de la sustitución ejemplar, defendían la genuinidad de esta figura, y del mismo modo la diferenciaban de la sustitución ejemplar.

No consideraban que, a través de la tesis extensiva, se produjese una restricción de la capacidad de testar, de los Derechos de los incapacitados, sino que, realmente permite una expresión de voluntad, la ordenación voluntaria de la sucesión atendiendo a las circunstancias fácticas de cada caso concreto.

No obstante, eran conscientes de la necesidad de una modificación de la institución, a la vista de la reforma que ha llegado con la Ley de 2 de junio, pero manteniendo su configuración como testamento sustitutorio, en aplicación de la tesis extensiva³³.

3.2. Incompatibilidad con la Ley 8/2021

A través de la Ley 8/2021 de 2 de junio, se ha tratado de poner en consonancia el ordenamiento jurídico interno español con la referida Convención de Nueva York. A

³² Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, preámbulo, «La única novedad en las sustituciones pupilares y ejemplares ... es la modificación de las reglas de designación de sustitutos en la sustitución ejemplar. Siguiendo un criterio adecuado a la realidad social contemporánea, se fija un orden de posibles sustitutos, pero se introducen cambios en cuanto a las personas que pueden efectivamente serlo: en primer lugar, se incluyen no solo los descendientes del incapaz, sino también su cónyuge o conviviente en unión estable, y, en segundo lugar, antes de que entre cualquier extraño, se incluyen todos los parientes consanguíneos del incapaz dentro del cuarto grado y no, como hasta ahora, los descendientes del testador, que podría ser que no fuesen parientes del sustituido.»

³³ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *La sustitución ejemplar como medida de protección de la persona*, «Desde luego, sería aconsejable una modificación de la institución, especialmente cuando parece que está próxima una reforma de los sistemas de protección de la persona, manteniéndola en su sentido de testamento sustitutorio y resolviendo el uso de la misma por distintos ascendientes - a pesar de que es un problema que no se presenta en los casos enjuiciados - con el criterio de atender a la sustitución del ascendente de grado más próximo fallecido en último lugar.» pp. 231 a 233.

pesar de la tendencia anterior a esta ley, de mantener la figura de la sustitución ejemplar, por el uso que se le da y el fin que persigue, la reforma ha optado por la derogación de ésta, por considerar que no es compatible con los principios de la CDPD.

La Ley de junio de 2021, pone las bases del nuevo sistema en el respeto de la voluntad y las preferencias de las personas, de forma paralela a la Convención³⁴. A través de este principio que informa la totalidad del ordenamiento civil, y las medidas de apoyo que promulga, la legislación española queda alineada con la Convención, especialmente con su artículo 12.

La interpretación de la sustitución ejemplar que hace la tesis extensa, que permitía disponer de la totalidad del patrimonio del sustituido, llevaba a considerar esta figura como el otorgamiento del testamento de un tercero. Es decir, el sustituyente ordena su propia sucesión, pero al mismo tiempo, ordena la sucesión de su descendiente, excluyendo de esta forma la intervención de la voluntad de este último en el proceso de toma de decisión del destino de sus bienes y relaciones jurídicas tras su muerte, siempre y cuando no recobre capacidad suficiente para testar, o lo haga en intervalo lúcido, dejando sin eficacia la sustitución.

Con anterioridad a la reforma, el uso de esta institución se justificaba en la previsión del que el incapaz no demuestre nunca capacidad suficiente para ordenar su sucesión, de forma que de manera preventiva se cedía a sus ascendientes la prerrogativa de ordenar la sucesión de éste, para evitar la apertura de la sucesión intestada. No obstante, el artículo 12.2 de la CDPD, anuncia el reconocimiento, en un plano de igualdad, de la capacidad jurídica, a todas las personas y en todos los aspectos de la vida, incluida la ordenación voluntaria de la sucesión. Como es de esperar, la Ley de 2 de junio regula la materia en la misma dirección, reconociendo a las personas con discapacidad el derecho a tomar sus propias decisiones, también en el ámbito sucesorio³⁵. Por este motivo, la sustitución ejemplar se considera contraria al nuevo sistema, porque descansa sobre la posibilidad de modificar la capacidad jurídica de las personas, pues sin la incapacitación de la persona

³⁴ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, preámbulo III, «La reforma que el artículo segundo introduce en el Código Civil es la más extensa y de mayor calado, pues sienta las bases del nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, el cual informa toda la norma y se extraña a través de las demás modificaciones legales al resto de la legislación civil y procesal.»

³⁵ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, preámbulo III, «...las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos.»

no se reconoce la potestad del ascendiente de ordenar la sucesión del descendiente. Al haberse reconocido la plena capacidad de todas las personas, es manifiestamente imposible que se dé un caso, tras la reforma, susceptible de aplicar la institución en cuestión. Así pues, al reconocer a todas las personas la capacidad para realizar todo tipo de acto y negocio jurídico, el supuesto de hecho de la sustitución ejemplar se desvanece. Nadie se va a encontrar ya en la situación de no poder testar, por carecer de capacidad suficiente para ello, pues ya *a priori* se le reconoce capacidad plena para actuar en todos los ámbitos de la vida.

Serán las medidas de protección, que ya anuncia el artículo 12.2 CDPD, y que se traducen en nuestro ordenamiento en el Título XI del Libro Primero del Código Civil, las que asegurarán que las personas con discapacidad ejerciten su capacidad jurídica de forma efectiva y en un plano de verdadera igualdad.

De esta forma, no sería lógico mantener una institución cuya incompatibilidad con el nuevo sistema es latente, y cuya aplicación práctica se anula al conceder capacidad jurídica en términos de igualdad a todas las personas.

IV. EL FIDEICOMISO DE RESIDUO COMO ALTERNATIVA

1. CONCEPTO Y FINALIDAD DE LA INSTITUCIÓN

El fideicomiso de residuo, al igual que en el ordinario, consiste en el nombramiento de un primer heredero denominado fiduciario, que posteriormente, a su muerte, o cuando se produzca la condición establecida por el testador, será sustituido en la sucesión de éste por un tercero fideicomisario.

La diferencia entre ambas variantes de esta institución radica en las facultades dispositivas que el testador confiere al fiduciario. A través de un fideicomiso prototípico del artículo 781 CC, las facultades dispositivas del fiduciario respecto de los bienes adquiridos del causante, queda reducida, imponiéndole un deber de custodia de dichos bienes, para posteriormente entregarlos íntegramente al fideicomisario. El fideicomiso supondría, en este caso, un verdadero gravamen sobre los bienes que constituyen la herencia del testador.

De otro lado, la variante del fideicomiso de residuo elimina ese deber de conservar los bienes del testador, permitiendo que el fiduciario disponga de ellos, de manera que, cuando llegue el momento de restituir los bienes, el fideicomisario adquirirá los bienes restantes de los que el primer instituido no haya dispuesto – de ahí su denominación *de residuo* -. Esta facultad dispositiva puede ser total, sin limitación alguna, de modo que el

fideicomisario heredará los bienes restantes, si los hay – *si aliquid supererit* -, o puede estar limitada, asegurando al fideicomisario que va a percibir al menos una parte de la herencia – *de eo quid supererit* –³⁶. No obstante, a la hora de determinar la configuración y alcance de las facultades dispositivas del fiduciario, deberemos atender al caso concreto, y estudiar las disposiciones testamentarias en cuestión. En estas, el testador puede optar por autorizar al fiduciario a disponer a título oneroso con carácter general, o sujeto a ciertas circunstancias, *intervivos* a título gratuito, e incluso *mortis causa*, siendo conocido, este último caso, como sustitución preventiva de residuo³⁷.

El fin de esta institución es evitar la apertura de la sucesión intestada del heredero fiduciario, respecto de los bienes que el causante dispone en su favor. Es una estructura evidentemente similar a la que encontramos en la sustitución ejemplar, en su interpretación restrictiva. Si ponemos al discapacitado en la posición del fiduciario, tenemos la posibilidad de ordenar parte de su sucesión, nombrando un sucesor de los bienes que la persona con discapacidad adquiere del sustituyente. Además, a través de la sustitución preventiva de residuo, es posible prever la posibilidad de que el discapacitado otorgue un testamento válido, disponiendo en él de los bienes adquiridos a título de heredero fiduciario del causante.

No obstante, al centrarse esta institución en procurar la sucesión voluntaria de los bienes que el sucesor adquiere, y no tener un fin parejo a la defensa de los intereses de las personas discapacitadas, no se puede justificar de ninguna forma una concepción de esta figura como testamento por sustitución, como se hacía a través de la tesis extensiva de la sustitución ejemplar.

De esta forma, a través de esta figura nos aproximamos a un resultado material similar al que anteriormente podíamos alcanzar a través de una interpretación restrictiva de la sustitución ejemplar, pero es del todo impensable conseguir un resultado material

³⁶ GALICIA AIZPURUA, G., «La sustitución fideicomisaria, clases», p. 5.715 a 5.717.

³⁷ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., «Salvedad al deber de conservar: el fideicomiso de residuo», en *Comentarios al Código Civil IV*, BERCOVITZ (dir.), Tirant lo Bllanch, Valencia, 2013, «Quiere decirse que las posibilidades de modulación de dicha facultad por parte del fideicomitente son, en verdad múltiples, si bien cabe citar una serie de hipótesis que en la práctica se presentan con mayor asiduidad: a) autorización para disponer a título oneroso sujeta a la concurrencia de determinadas circunstancias, como, por ejemplo, una situación de necesidad en el fiduciario, sea apreciada por el propio interesado, sea por el albacea u otros terceros; b) autorización para disponer a título oneroso con carácter general; c) autorización para disponer *inter vivos* a título gratuito en favor de quienquiera que sea o solo de ciertas personas o grupo de ellas; d) en fin, autorización para disponer incluso mediante actos *mortis causa*, supuesto, este último, que – como recuerda la STS 12/2/2002 (Tol 134914)- se conoce con el *nomen* de “sustitución preventiva de residuo” y que permite al sustituyente preordenar el destino de los bienes para el caso de fallecimiento abintestato del sustituido», p.p. 5.732 y 5733.

cercano al que se llegaba con la interpretación extensiva de la sustitución ejemplar, y que mayor tranquilidad proporcionaba a los progenitores de los discapacitados, por ver todas sus relaciones mortis causa atadas antes de su fallecimiento, garantizando la atención necesaria a estas personas.

2. COMPATIBILIDAD CON LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

La CDPD proclamó la obligación de todos los Estados contratantes de asegurar, a todas las personas, el ejercicio de su capacidad jurídica en un plano de igualdad, aportando, en su caso, las salvaguardias necesarias para que los discapacitados puedan ejercerla efectivamente, y evitar que se produzcan abusos por parte de quien ostenta la titularidad de una medida de apoyo³⁸. Este compromiso se asume en todos los ámbitos de la vida, y la pregunta que ahora nos concierne es: ¿supone el fideicomiso – tanto el ordinario como el de residuo – una intromisión en el ejercicio de la capacidad jurídica?

Con la sustitución ejemplar sí que se producía una usurpación de la potestad testamentaria del discapacitado, puesto que el sustituyente testaba por él. No obstante, la mecánica de la sustitución fideicomisaria tiene otro enfoque, que no desvirtúa el carácter personalísimo de la ordenación de la sucesión.

A diferencia de lo que sucede en la sustitución ejemplar, en la que el sustituto hereda al sustituido, a través de la figura del fideicomiso, el fideicomisario no se constituye como heredero del fiduciario, sino que es estrictamente heredero del primer causante o sustituyente. Se retrasa el momento de la delación o llamamiento a suceder al sustituyente por el segundo instituido, hasta el fallecimiento del primer llamado – o el cumplimiento de cierta condición o término –, pero sin dejar de ser el fideicomisario heredero, respecto de los bienes fideicomitidos, del primer causante o sustituyente.³⁹

Reiterada jurisprudencia avala esta postura, como la STS 6567/1996⁴⁰, y consideran que la concepción del fideicomisario como heredero del sustituyente es una cuestión sobre la que no cabe ninguna matización, no dejando lugar a dudas acerca del título de los bienes adquiridos de este modo que ostenta el fideicomisario.

³⁸ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, *vid. art. 4, 5 y 12.*

³⁹ RIVAS MARTINEZ, JJ., «Problemas “habituales” en los testamentos y particiones con los fideicomisos normales y de residuo», en *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, LLEDO *et al.* (dir.), Dykinson, Madrid, 2014, pp. 486 y 487

⁴⁰ Sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1996, CENDOJ, «Ha de destacarse desde ahora que, en el actual momento normativo, resulta también indiscutible que los herederos fideicomisarios heredan del fideicomitente, no del fiduciario...» p.5.

De esta forma, el causante ordena estrictamente de su sucesión, sin injerir en la sucesión del fiduciario, que hereda los bienes, pero estando estos sometidos a un verdadero gravamen que limitan su disposición de forma más o menos restrictiva – dependiendo de si se trata de un fideicomiso ordinario o de residuo –, que de ninguna manera puede suponer una testamentificación activa en nombre del sustituido, pues esta figura encuentra su límite en los bienes y derechos que este adquiere del sustituyente.

De esta forma, la institución no supone una injerencia en el ejercicio de la capacidad jurídica de ninguno de los intervenientes, siendo de esta forma acorde con los principios y garantías que promueve la CDPD.

3. DERECHO TRANSITORIO (DISPOSICIÓN TRANSITORIA 4^a LEY 8/2021)

Al adaptar el Ordenamiento jurídico al nuevo modelo de discapacidad, es necesario proveernos de una garantía de solución de continuidad que aporte seguridad jurídica. La Disposición Transitoria 4^a de la ley se dedica exclusivamente a la regulación del derecho transitorio en relación con la sustitución ejemplar.

Esta Disposición Transitoria, en su redacción establece que, para el caso de que una persona hubiese nombrado sustituto, haciéndose valer de la sustitución ejemplar regulada en el artículo 776 CC, pero en la que el sustituyente fallezca tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, se aplicarán las normas que promulga esta reforma. De esta forma, la institución no será válida, dejará de ser una sustitución ejemplar. Respecto los bienes que el sustituido hubiese adquirido a título gratuito del sustituyente, se entiende que se ha constituido un fideicomiso de residuo⁴¹.

Así pues, este precepto abre la puerta a tres posibles situaciones ante las que nos podemos encontrar tras la entrada en vigor de la mencionada ley. Uno de los posibles casos es aquel en el que tanto el testamento como el fallecimiento del sustituido, se han producido con anterioridad a la reforma. En segundo lugar, nos podemos encontrar ante el supuesto de hecho estrictamente previsto en la Disposición Transitoria 4º, es decir, testamento otorgado antes de la entrada en vigor de la reforma, pero el sustituyente fallece tras la entrada en vigor. Por último, nos podemos encontrar con una sustitución sucesoria ordenada en un testamento otorgado posteriormente a la promulgación de la reforma.

⁴¹ 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, Disposición Transitoria cuarta «Cuando se hubiera nombrado sustituto en virtud del artículo 776 del Código Civil, en el caso de que la persona sustituida hubiera fallecido con posterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, se aplicará lo previsto en esta y, en consecuencia, la sustitución dejará de ser ejemplar, sin que pueda suplir el testamento de la persona sustituida. No obstante, la sustitución se entenderá como una sustitución fideicomisaria de residuo en cuanto a los bienes que el sustituyente hubiera transmitido a título gratuito a la persona sustituida.

En el primero de los casos, cuando el testamento es anterior a la reforma, al igual que el fallecimiento del sustituido, será de aplicación el régimen previsto en la legislación vigente previa a la reforma, siendo válida la sustitución otorgada en virtud del artículo 776 CC, que a causa de la reforma del Código ha sido derogado. Así pues, la sustitución otorgada en estas condiciones, se regirá conforme a lo previsto en el CC previo a la reforma, manteniéndose todos los problemas y vicisitudes que, a raíz de su interpretación, se han suscitado⁴².

El segundo supuesto es el regulado en la Disposición Transitoria 4^a. No obstante, la redacción de este precepto no es clara, y es susceptible de crear confusión en su interpretación. Por un lado, utiliza la expresión «disponer a título gratuito», que puede causar incertidumbre, y llegar a malinterpretarse como una referencia a todas las disposiciones a título gratuito, incluidas las donaciones, cuando en realidad se refiere a adquisición por herencia o legado. De otro lado, al transformar la sustitución ejemplar en sustitución fideicomisaria de residuo, el legislador no ha tenido en cuenta la limitación en la disposición a título gratuito generalmente aceptada por la doctrina, y que no encontrábamos en la sustitución ejemplar⁴³.

La última de las hipótesis es la inclusión, en un testamento otorgado tras la entrada en vigor de la reforma, de una sustitución ejemplar. En este caso ya no se puede aplicar la Disposición Transitoria, ya que está prevista para el caso concreto que en ella se describe, por lo que no cabría mantener la sustitución como fideicomiso de residuo⁴⁴.

4. LA NUEVA CONCEPCIÓN DEL FIDEICOMISO TRAS LA REFORMA

El fideicomiso ha sufrido la mayor parte de sus modificaciones, en materia de lesión de la legítima, en relación con el artículo 808 CC. Sobre esta materia, la anterior redacción del Código establecía la posibilidad de que, cuando uno de los descendientes hubiese sido declarado incapaz judicialmente, el ascendente podía instituirle heredero, aun quebrantando la legítima estricta del resto de descendientes, entendiéndose constituido

⁴² PÉREZ RAMOS, C., «La supresión de la sustitución ejemplar: problemas y posibles soluciones», en *Sistema de apoyos para personas con discapacidad: medidas jurídico-civiles y sociales*, FERNANDEZ (dir.), Dykinson, Madrid, 2021, p.p. 178 y 179.

⁴³ PÉREZ RAMOS, C., «La supresión de la sustitución ejemplar: problemas y posibles soluciones», Dykinson, Madrid, 2021, pp. 180, 181 y 182

⁴⁴ PÉREZ RAMOS, C., «La supresión de la sustitución ejemplar: problemas y posibles soluciones», Dykinson, Madrid, 2021, p. 182.

una sustitución fideicomisaria sobre los bienes que la integran, en el que el incapaz era el fiduciario, y el resto de los legitimarios serían los fideicomisarios⁴⁵.

A partir de la entrada en vigor de la reforma del CC, la nueva redacción del precepto establece que el testador podrá disponer de la legítima estricta del resto de los herederos forzosos, en favor de uno o varios descendientes en situación de discapacidad, quedando gravado el patrimonio que estos adquieran así, con un fideicomiso de residuo, excluyendo la posibilidad de que el fiduciario disponga a título gratuito o *mortis causa*⁴⁶.

El legislador especifica que la sustitución fideicomisaria tendrá carácter de residuo – siempre que el testador no indique lo contrario-, lo que, por una parte, favorece a la persona con discapacidad, pues le aporta un mayor grado de protección, pero por otro lado supone una mayor lesión de la legítima del resto de los descendientes, dado que la concepción de la Ley 8/2021 sobre el fideicomiso de residuo en este caso es una interpretación *si quid superit*. Los instituidos fiduciarios no pueden disponer de los bienes del causante a título gratuito ni *mortis causa*, pero sí que pueden hacerlo a título oneroso, y lo normal es que así lo hagan para poder atender sus necesidades. De esta forma, los legitimarios fideicomisarios heredarán el patrimonio fideicomitido, *si queda algo*, de modo que se introduce la posibilidad de que nunca lleguen a suceder al causante⁴⁷.

V. POSIBLE PAPEL DE LA FIDUCIA ARAGONESA

1. CONCEPTO Y FINALIDAD DE LA INSTITUCIÓN

La fiducia sucesoria aragonesa es una manifestación más de las amplias facultades dispositivas *mortis causa* que se le otorgan al causante aragonés. Es una manifestación del principio *standum est chartae*, que se configura como uno de los principios rectores característicos del ordenamiento civil autonómico de Aragón, y que abre la posibilidad al causante, de retrasar el momento de la delación.

⁴⁵ Artículo 808 CC, «Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos».

⁴⁶ LUIS JARILLO, J., «Sustitución fideicomisaria a favor del hijo discapacitado», en *Sistema de apoyos para personas con discapacidad: medidas jurídico-civiles y sociales*, FERNANDEZ (dir.), Dykinson, Madrid, 2021 p.p. 133, 134 y 135.

⁴⁷ CARRION OL莫斯, S., «Sustitución fideicomisaria en favor de hijos con discapacidad. Algunas consideraciones sobre los arts. 782 y 808 CC tras su redacción por la Ley 8/2021, de 2 de junio», en Instituto de Derecho Iberoamericano, <https://idibe.org/tribuna/sustitucion-fideicomisaria-favor-hijos-discapacidad-algunas-consideraciones-los-arts-782-808-cc-tras-redaccion-la-ley-82021-2-junio/>, p.p. 3, 4 y 5. Última visita 24/05/2022.

A través de esta institución se faculta al disponente o comitente a nombrar uno o varios fiduciarios, los cuales, tras la muerte del causante, tendrán la competencia de ordenar la sucesión de éste, respetando siempre los límites que el testador haya establecido para la ejecución de la fiducia⁴⁸.

Por lo tanto, en este proceso convergen tres posiciones distintas:

En primer lugar, encontramos al comitente, que será el futuro causante, y quien de forma voluntaria hace uso de esta figura para que un tercero ordene su sucesión tras su muerte⁴⁹.

En segundo lugar, encontramos al o los fiduciarios. Este es un cargo personalísimo, que, de forma gratuita, salvo disposición en contra del comitente, y voluntaria, ordenará la sucesión del causante al ejecutar la fiducia⁵⁰.

Por último, intervendrán aquellos que, tras la ejecución de la fiducia por parte del designado fiduciario, sean llamados a heredar al causante.

La delación, en el transcurso normal de la sucesión, se produce en el momento de la muerte del causante, no obstante, un efecto de la fiducia sucesoria es el retraso del llamamiento de los herederos, que no se producirá hasta la ejecución de la fiducia.

El nombrado fiduciario tiene un plazo para ejecutar la fiducia y nombrar herederos al causante, que vendrá establecido preferentemente por el comitente, aunque el CDFA prevé la posibilidad de que este no disponga nada en ese sentido, y configura un plazo distinto en función de quien es nombrado fiduciario⁵¹.

Si aquel al que nombra fiduciario es únicamente su cónyuge, el CDFA prevé que disponga de forma vitalicia de la posición de fiduciario. Sin embargo, si el fiduciario no es exclusivamente el cónyuge, el Código prevé un plazo de caducidad de tres años para ejecutar la fiducia⁵².

Así pues, hay un periodo en el que la herencia se encuentra en una situación transitoria, que no es idéntico al de la herencia yacente. Durante este periodo, la herencia no pertenece ya al causante, que ha fallecido, tampoco le pertenece al fiduciario, y de momento nadie ha sido llamado como heredero o legatario de la herencia del comitente, lo que diferencia

⁴⁸ SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A., «Libro Tercero. Derecho de sucesiones por causa de muerte. Título IV, de la fiducia sucesoria», en *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón: Doctrina y Jurisprudencia*, DELGADO (dir.), Dykinson, Madrid, 2015, pp. 615 y 616.

⁴⁹ *Vid. art. 439 Código de Derecho Foral Aragonés.*

⁵⁰ SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A., «Libro Tercero. Derecho de sucesiones por causa de muerte. Título IV, de la fiducia sucesoria», pp. 617 y 618

⁵¹ SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A., «Libro Tercero. Derecho de sucesiones por causa de muerte. Título IV, de la fiducia sucesoria», DELGADO (dir.), Dykinson, Madrid, 2015, pp.623 y 624

⁵² *Vid. art. 444 Código de Derecho foral Aragonés*

esta situación de la que encontramos en una herencia yacente, que sí que tiene herederos llamados a aceptarla⁵³.

Durante este intervalo de tiempo, que puede ser indeterminado en caso de que el fiduciario sea el cónyuge, el CDFA establece unas pautas para la administración del patrimonio del fallecido. De esta forma, el fiduciario será el encargado de administrar los bienes del comitente, bajo la obligación de hacer inventario de los mismos en el plazo de tres meses, obligación de la que queda excluido el cónyuge del causante, que podrá administrar los bienes sin necesidad de realizar ese trámite de control⁵⁴.

Tras el escueto análisis de la fiducia sucesoria aragonesa, cabe deducir en mi opinión que se configura como una institución apropiada para la protección de los hijos discapacitados. La fiducia sucesoria permite al cónyuge supérstite, que frecuentemente será el que siga ocupándose del hijo común con discapacidad, tener un mayor margen de apreciación de las necesidades y evolución de este, para disponer de la forma más adecuada del haber hereditario del premuerto. Siempre, además, teniendo en cuenta que con ello cumple, precisamente, su voluntad.

2. COMPATIBILIDAD CON EL FIN PERSEGUIDO POR LA SUSTITUCIÓN EJEMPLAR

La fiducia aragonesa se constituye como un instrumento a disposición del causante aragonés, que le va a brindar la oportunidad de delegar en un tercero la ordenación de su sucesión, retrasando el momento de la delación hasta que el fiduciario decida ejecutar la fiducia. A pesar de que el fiduciario, en la ejecución de la fiducia, ha de respetar la legítima prevista en el CDFA, dispone de una amplia facultad de ordenación de la sucesión del comitente. Esto es así dado el carácter colectivo que el legislador aragonés ha concedido a la legítima en el ordenamiento autonómico⁵⁵.

De esta forma, el fiduciario tiene la facultad de nombrar herederos al causante, con la posibilidad de nombrar heredero en todos los bienes del testador a cualquier descendiente

⁵³ STSJA de 30 de mayo de 2012, CENDOJ, «La situación en la que se encontraba la herencia - pendiente de asignación- no era exactamente la de la herencia yacente, ya que en ella hay unos llamados determinados, lo cual no sucede en el caso de la fiducia. Repetiremos que en el caso no se cumplió el encargo, ni por tanto tuvo lugar la aceptación de la asignación. La fiduciaria no había ejecutado el encargo, pero -habremos de insistir en ello- podía aún hacerlo en virtud del testamento, que era válido y eficaz, y puesto que no había perdido su condición de fiduciaria.»

⁵⁴ *Vid. art. 449 y 450 Código de Derecho Foral Aragonés.*

⁵⁵ *Vid. Art. 486 Código de Derecho Foral Aragonés*, «Esta legítima colectiva puede distribuirse, igual o desigualmente, entre todos o varios de tales descendientes, o bien atribuirse a uno solo. Si no se ha distribuido o atribuido de otra manera, la legítima colectiva se entiende distribuida entre los legitimarios de grado preferente conforme a las reglas de la sucesión legal.»

legitimario. Así se desprende de la interpretación conjunta del artículo 486 y 457, que permiten al fiduciario ordenar la sucesión del causante, con los límites de la legítima, la cual, de acuerdo con la concepción del Derecho foral, es conjunta, y se considera que se respetaría la misma, si el fiduciario dispusiera de todos los bienes en favor de uno solo de los descendientes legitimarios.

Así las cosas, podemos ver que, en el supuesto de hecho que nos ocupa –sucesión de personas discapacitadas-, puede jugar un papel importante, para los causantes aragoneses con descendientes discapacitados, la fiducia sucesoria.

A través de la sustitución ejemplar se conseguía garantizar la atención que el discapacitado requería en vida, a través del nombramiento de un sustituto en la sucesión del primer causante que así lo disponía. La fiducia, a pesar de ser un mecanismo distinto a la sustitución ejemplar, permite al fiduciario -que como antes he dicho si es el cónyuge, será a su vez quien normalmente continúe al cuidado del hijo con discapacidad-, que ostenta el cargo de forma vitalicia, nombrar herederos de forma póstuma al testador, cerciorándose así de la disposición de sus legitimarios a tomar las riendas en el cuidado del discapacitado.

Quizás esta figura vuelve a arrojar cierta tranquilidad en los progenitores de aquellas personas discapacitadas, pues ven asegurada la atención que sus familiares requieren para vivir una vida digna. Es un mecanismo diferente a las sustituciones estudiadas anteriormente, que no suponen el paso de los bienes por manos del discapacitado, pero que proporciona una garantía de que el caudal hereditario del causante, va a parar a manos de aquel que realmente continúa con el cuidado de la persona con discapacidad, evitando que tras la muerte del testador el nombrado heredero eluda el compromiso asumido ante el causante.

VI. CONCLUSIONES

La reforma introducida por la Ley 8/2021 no es un simple cambio terminológico, sino que supone una transición a un sistema de discapacidad más respetuoso con los derechos humanos. La implantación de este sistema social de la discapacidad, trae consigo un profundo cambio que se traspone en muchos ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico.

El reconocimiento a todas las personas de la capacidad jurídica supone una declaración de intenciones de suprimir toda institución que coarte la libertad de las personas con discapacidad, y de sustituirla por medidas de apoyo adecuadas y respetuosas con la autonomía que se les confiere a estos.

La sustitución ejemplar ha sido una institución tradicional, que trae causa del Derecho Romano, y que históricamente ha ayudado a los progenitores de personas discapacitadas, a dejar bien atada su sucesión y asegurado el cuidado de sus descendientes. No obstante, la base sobre la que descansa esta institución se presenta como contraria a un sistema de provisión de apoyos que trata de promover la actuación de las personas con discapacidad por sí mismas. La concepción de este instrumento como una forma de testar por un tercero, se entromete en el carácter personalísimo de este acto, y en la concepción que se deriva de la Convención de Naciones Unidas. Por este motivo, la reforma del ordenamiento jurídico privado en materia de discapacidad optó finalmente por eliminarla. Es cierto que ya con carácter previo a la reforma, existía cierta doctrina en contra de esta sustitución en su interpretación extensiva, por considerarla invasiva de los derechos personalísimos del discapacitado.

A pesar de que la sustitución ejemplar ya no se contempla en nuestro ordenamiento jurídico, el legislador no ha querido dejar desprotegidos a los discapacitados, y ha recurrido al fideicomiso de residuo como medida alternativa de Derecho común, capaz de alcanzar un resultado similar al de la sustitución ejemplar. Aunque el fideicomiso, en principio, no estaba pensado para esta finalidad, es cierto que el resultado material que se obtiene al hacer uso del mismo, puede ser parecido al que se obtenía con la sustitución ejemplar. La persona con discapacidad heredaría, como primer instituido, al sustituyente, teniendo facultades dispositivas del haber hereditario, y sucediendo al causante el segundo instituido, en los bienes que el primer instituido discapacitado, no haya consumido. Se obtiene un resultado similar, pero de esta forma el testador no dispone de los bienes del discapacitado, por lo que no supone una intromisión en su capacidad de testar, siendo una figura acorde con la Convención, y mantenido su vigencia tras la reforma del Código Civil.

Por último, no podía dejar de mencionar nuestro característico Derecho Foral Aragonés. Las amplias facultades dispositivas que el legislador autonómico ha otorgado históricamente al testador aragonés, son una característica fundamental de la legislación autonómica aragonesa. En esta línea, y apoyándose en el colchón del ordenamiento aragonés, regido por el principio *standum est chartae*, la fiducia aragonesa proporciona al causante la posibilidad de dejar en manos de un tercero la ordenación de su sucesión. De esta forma, tras el fallecimiento del testador, el fiduciario ejecutará la fiducia en los términos y plazos establecidos legalmente o por la voluntad del comitente, retrasando la

delación, que normalmente se produce a la muerte del causante, a un momento posterior en el que el fiduciario haga uso de la institución.

De esta forma, el Derecho autonómico nos proporciona una solución alternativa a la del fideicomiso de residuo, permitiendo al fiduciario cerciorarse de quién asume el cuidado del discapacitado, y pudiendo tener esta circunstancia en cuenta a la hora de hacer los llamamientos.

Quedando así las cosas, a pesar de que con la reforma se elimina la institución que tradicionalmente protegía a los discapacitados en el ámbito sucesorio, sigue habiendo alternativas, que sin suponer una intromisión en su capacidad, producen resultados cercanos a los que podíamos acceder con la sustitución ejemplar de cara a favorecer a las personas con discapacidad.

BIBLIOGRAFÍA

ABBERLEY, P., «The Concept of Oppression and the Development of a Social Theory of Disability», *Disability, Handicap and society*, vol. 2, nº 1, 1987, pp. 5 y 6.

ALBIEZ DOHRMANN, K.J., «Artículo 777», en *Comentarios al Código Civil IV*, BERCOVITZ (dir.), Tirant lo Bllanch, Valencia, 2013 p. 5.707.

ALBIEZ DOHRMANN, K.J., «Función de las sustituciones pupilar y ejemplar», en *Comentarios al Código Civil IV*, BERCOVITZ (dir.), Tirant lo Bllanch, Valencia, 2013, p. 5.701.

ALBIEZ DOHRMANN, K.J., «La capacidad para testar y el favor testamenti. Razones de la regulación», en *Comentarios al Código Civil IV*, BERCOVITZ (dir.), Tirant lo Bllanch, Valencia, 2013 p. 5.113.

ALBIEZ DOHRMANN, K.J., «Salvedad al deber de conservar: el fideicomiso de residuo», en *Comentarios al Código Civil IV*, BERCOVITZ (dir.), Tirant lo Bllanch, Valencia, 2013, p.p. 5.732 y 5733.

BARKER, R. G., «The Social Psychology of Physical Disability», en *Journal of Sociel Issues*, vol 4, 1948, p. 31.

BAYOD LÓPEZ, C., *Cuaderno II, La Capacidad para testar y las clases de testamento. El albaceazgo y la ineficacia del testamento*, Dykinson, 2016, p. 14.

CARRION OLMOS, S., «Sustitución fideicomisaria en favor de hijos con discapacidad. Algunas consideraciones sobre los arts. 782 y 808 CC tras su redacción por la Ley 8/2021, de 2 de junio», en Instituto de Derecho Iberoamericano, <https://idibe.org/tribuna/sustitucion-fideicomisaria-favor-hijos-discapacidad-algunas-consideraciones-los-arts-782-808-cc-tras-redaccion-la-ley-82021-2-junio/>, pp. 3, 4 y 5. Última visita 24/05/2022.

Código Civil artículos 688, 689, 691, 692, 710 y 808.

Código de Derecho Foral Aragonés artículos 439, 444, 449, 450 y 486.

Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, *vid. art. 4, 5 y 12.*

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «La sustitución ejemplar como medida de protección de la persona», en *Colección jurídica general*, ROGEL (dir.), Reus, Madrid, 2018, pp. 106 a 181 y 231 a 233.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M^a B. «Discapacidad y ejercicio de la autonomía personal», en *Sistema de apoyos para personas con discapacidad: medidas jurídico-civiles y sociales*, FERNANDEZ (dir.), Dykinson, Madrid, 2021, p. 16 y 17.

GALICIA AIZPURUA, G., «La sustitución fideicomisaria, clases», en *Comentarios al Código Civil IV*, BERCOVITZ (dir.), Tirant lo Bllanch, Valencia, 2013 p. 5.715 a 5.717.

Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, preámbulo.

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, Disposición Transitoria cuarta, preámbulo III.

LINARES NOCI, R., «Reflexiones críticas en torno a una futura reforma legislativa en la materia», en *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, LLEDO *et al.* (dir.), Dykinson, Madrid, 2014, p. 504 a 506.

LOPEZ FRIAS, M^a J., «La sustitución ejemplar: inconvenientes y ventajas de las tesis amplia y estricta», en *El Notario del siglo XXI*, nº 41, 2012.

LUIS JARILLO, J., «Sustitución fideicomisaria a favor del hijo discapacitado», en *Sistema de apoyos para personas con discapacidad: medidas jurídico-civiles y sociales*, FERNANDEZ (dir.), Dykinson, Madrid, 2021 p.p. 133, 134 y 135.

PALACIOS, A. y BARIFFI, F., «Una aproximación a diferentes modelos de tratamiento de la discapacidad», en *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, TRUJILLO (dir.), Cinca, Madrid, 2007, *vid.* p. 15 a 19.

PARRA LUCÁN, M^a. A., «Las personas con discapacidad psíquica», en *Derecho de la Persona, Curso de Derecho Civil (I), Volumen II*, CONTRERAS (coord.), Edisofer, *vid.* pp. 132 y 133.

PÉREZ RAMOS, C., «La supresión de la sustitución ejemplar: problemas y posibles soluciones», en *Sistema de apoyos para personas con discapacidad: medidas jurídico-civiles y sociales*, FERNANDEZ (dir.), Dykinson, Madrid, 2021, pp. 178 a 182.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de febrero de 2003 (RJ 2003/2269), p. 2.

RIVAS MARTINEZ, JJ., «Fideicomiso de residuo», en *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, LLEDO *et al.* (dir.), Dykinson, Madrid, 2014, pp. 471 a 478.

RIVAS MARTINEZ, JJ., «Problemas “habituales” en los testamentos y particiones con los fideicomisos normales y de residuo», en *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, LLEDO *et al.* (dir.), Dykinson, Madrid, 2014, pp. 486 y 487

SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A., «Libro Tercero. Derecho de sucesiones por causa de muerte. Título IV, de la fiducia sucesoria», en *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón: Doctrina y Jurisprudencia*, DELGADO (dir.), Dykinson, Madrid, 2015, pp. 615 a 624.

Sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2011, vlex.

Sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1996, CENDOJ, p.5.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de mayo de 2012, CENDOJ.