

Cláusulas testamentarias orientadas a garantizar el cuidado de personas vulnerables o de personas con discapacidad

El alcance de la interpretación de las disposiciones mortis causa con cláusulas favorecedoras de los cuidados

Sumario

El estudio que se presenta tiene como punto de partida el «valor del cuidado», valor en alza en las sociedades democráticas. Se propugna la instrumentalización de los apoyos a las personas con discapacidad y vulnerables a través de diversos negocios jurídicos favorecedores de los cuidados y que, además, sirven como acicate y reconocimiento a los cuidadores; sin perjuicio del análisis de otras figuras, singularmente, mortis causa, que garantizan la asistencia económica a las personas con discapacidad. A lo largo del trabajo no se descuida el alcance de la interpretación de las cláusulas testamentarias, de indudable conflictividad, que garantizan el cuidado de las personas con discapacidad y vulnerables y la inestimable función del notario, verdadero apoyo institucional e intérprete de la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad y vulnerables.

Abstract

The study presented here is based on the «value of care», a rising value in democratic societies. It advocates the instrumentalization of support for people with disabilities and vulnerable people through various legal transactions that favor care and also serve as an incentive and recognition to caregivers, without prejudice to the analysis of other figures, particularly mortis causa, which guarantee financial assistance to people with disabilities. Throughout the work, the scope of the interpretation of testamentary clauses, of undoubted conflict, which guarantee the care of disabled and vulnerable people and the invaluable role of the notary, true institutional support and interpreter of the will, wishes and preferences of disabled and vulnerable people, is not neglected.

Title: *Testamentary clauses aimed at guaranteeing the care of vulnerable persons or persons with disabilities. The scope of the interpretation of mortis causa dispositions with care clauses*

Palabras clave: sucesión testamentaria, el valor del cuidado, personas con discapacidad, personas vulnerables, interpretación del testamento, el notario como apoyo institucional.

Keywords: *testamentary succession, the value of care, people with disabilities, vulnerable people, interpretation of the will, the notary true institutional support.*

DOI: 10.31009/InDret.2023.i3.05

3.2023

Recepción
27/2/2023

-

Aceptación
10/4/2023

-

- 1. Introducción**
- 2. Acerca de la ética del cuidado, con especial consideración al dispensado a las personas con discapacidad y vulnerables**
- 3. La instrumentalización de los apoyos a través de negocios jurídicos favorecedores de los cuidados**
 - 3.1. Generalidades
 - 3.2. La pertinente recompensa a la labor del cuidador por medio de diversas figuras jurídicas
 - 3.3. Especial consideración al testamento a favor de *quien me cuide* —los artículos 203 y 204 de la Ley de Derecho civil de Galicia—
 - 3.4. El alcance de la interpretación testamentaria para averiguar el cumplimiento o incumplimiento de la condición o del modo o carga de cuidar y para dilucidar si se trata de una institución modal o de un legado
- 4. Pactos sucesorios con carga o condición de cuidado y atención a alguno de los otorgantes o a terceros**
- 5. Otras disposiciones mortis causa que garantizan la asistencia económica a personas con discapacidad**
 - 5.1. La sustitución fideicomisaria de residuo a favor de hijos con discapacidad sobre el tercio de legítima estricta de los demás legitimarios y el valor preponderante de la voluntad del testador (ex arts. 782, 808 y 813 CC)
 - 5.2. El derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor de un legitimario que se encuentre en situación de discapacidad (ex art. 822 CC)
 - a. *La constitución voluntaria del derecho de habitación a favor del legitimario en situación de discapacidad por medio de donación o de legado*
 - b. *El derecho de habitación atribuido por ministerio de la ley a favor del legitimario con discapacidad*
 - 5.3. La protección patrimonial indirecta a las personas con discapacidad por medio de la fiducia *mortis causa* prevista en el artículo 831 del Código civil
 - 5.4. La dispensa de colación de los gastos para cubrir las necesidades especiales de hijos o descendientes requeridas por su situación de discapacidad (ex art. 1041.2.º CC)
- 6. La función del notario como apoyo institucional e intérprete de la voluntad, los deseos y las preferencias de las personas con discapacidad o vulnerables**
- 7. Bibliografía**

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-
No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción*

La configuración actual de la sociedad, con la constatación de un estrechamiento del círculo familiar y el envejecimiento progresivo de la población, como consecuencia de la prolongación de la vida y la reducción de la natalidad, propicia una particular y creciente forma de ordenación de la sucesión testamentaria, favorecedora de los cuidados y asistencia a las personas vulnerables, en general, y a las personas con discapacidad, en particular, y a la par de reconocimiento efectivo a las personas cuidadoras. Consecuentemente, se aprecia la pertinencia de una legislación adecuada en su interés y articulada con fundamento en el principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) y de respeto a su dignidad y libre desarrollo de la personalidad, que garantiza la Constitución española (art. 10.1). Así pues, por lo que atañe a las personas con discapacidad, el propósito, aunque no se haya conseguido absolutamente, al menos, sí se ha avanzado notablemente por medio de la Ley 8/2021, de 2 de junio, de *Reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica* (en adelante, LRAPD); ahora, procede no descuidar, en general, a las demás personas vulnerables, que no son objetivo inmediato de la citada Ley.

El estudio que se presenta tiene como punto de partida el «valor del cuidado», valor «en alza en las sociedades democráticas» —como proclama el apartado III del Preámbulo de la citada LRAPD—, «cuidado» que bien puede entenderse referido no solo al prestado a las personas con discapacidad, a las que se dedica la Ley, sino, en general a cualesquiera personas y, singularmente, a las personas vulnerables. Paralelamente, no se descuidará el estudio de fórmulas jurídicas, en especial, de naturaleza sucesoria, que sirvan como gratificación, en suma, de reconocimiento a las personas cuidadoras, tantas veces descuidadas, y se reivindicará la instrumentalización de los apoyos a través de negocios jurídicos favorecedores de los cuidados y de reconocimiento a los cuidadores.

A lo largo del presente trabajo se analizarán diferentes disposiciones, significativamente *mortis causa*, ordenadas no solo para favorecer los cuidados y, por ende, la autonomía y dignidad de las personas con discapacidad en particular y en general de todas las personas vulnerables, sino también para que sirvan como acicate, reconocimiento y recompensa a las personas cuidadoras, valgan como ejemplo, las disposiciones testamentarias a favor del cuidador, que tienen su reflejo en los artículos 203 y 204 de la Ley 2/2006, 14 junio, de Derecho civil de Galicia (en adelante, LDCG), o, en su caso, los pactos sucesorios con carga o condición de cuidado y atención de alguno de los otorgantes o de terceros. Sin perjuicio del estudio de otras disposiciones *mortis causa*, que, sobre todo, garantizan la asistencia económica a las personas con discapacidad —cuyas principales manifestaciones en la Ley sustantiva civil son: la sustitución fideicomisaria a favor de hijos con discapacidad sobre el tercio de legítima estricta de los demás legitimarios (ex arts. 782, 808 y 813 CC); el derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor de un legitimario que se encuentre en una situación de discapacidad (ex art. 822 CC); la protección patrimonial indirecta a las personas con discapacidad por medio de la fiducia *mortis causa*, prevista en el artículo 831 CC, o la dispensa de colación de los gastos para cubrir las necesidades especiales de hijos o descendientes requeridas por su situación de discapacidad (ex art. 1041.2.º CC).

Pues bien, las particulares formas de ordenación de la sucesión testamentaria que serán objeto de análisis llevan aparejada indefectiblemente el pertinente estudio, sobre todo, jurisprudencial,

* El presente trabajo, desarrollado en el seno del grupo de investigación de la Universidad de Santiago de Compostela *Libredón. Derecho civil. Persona, familia y patrimonio*, se enmarca en el proyecto del Ministerio de Ciencia e Innovación «La voluntad real del causante en las disposiciones *mortis causa*: aspectos transversales de la interpretación y cláusulas de especial conflictividad» (*VOLUNTAS*, PID2020-115254RB-I00, convocatoria 2020 Proyectos de I+D+i - RTI Tipo B, 1 septiembre 2021 a 31 agosto 2024), del que es IP la profesora Carballo Fidalgo.

del alcance de la interpretación de las cláusulas testamentarias. Este aspecto del trabajo tendrá un especial protagonismo. Piénsese, por ejemplo, en la necesidad de averiguar —sobre todo, por su diferente régimen legal y los efectos asociados— si el testador al disponer cualquier atribución en favor del que le cuide o asista, lo hace en forma de condición, legado o carga modal —destaca en este ámbito la significativa STS 13/2003, Sala 1.ª de lo Civil, de 21 de enero, reiterada por la STS 118/2021, Sala 1.ª de lo Civil, de 3 de marzo—; también resultará decisiva la labor interpretativa para dilucidar si la configuración de una concreta disposición, que lleve aparejada la obligación o la carga de cuidado y asistencia, se hace como institución modal o como legado —STS, Civil, de 4 de junio de 1965; RDGRN de 19 de mayo de 2005; art. 428-1 CC Cat—; o, en fin, cuando se pretende mejorar a algún legitimario por los cuidados prestados y se otorga a su favor una donación, ya que, como ha reconocido el Tribunal Supremo: «[...], la calificación de mejora de la donación efectuada encierra un fenómeno interpretativo de la declaración de voluntad [...]» —STS 536/2013, Civil (Pleno), de 29 de julio, doctrina que se trae a colación por la STS 468/2019, Sala 1.ª de lo Civil, de 17 de septiembre—. Es sabido que, en principio, la interpretación del testamento corresponde a los herederos o, en su caso, al albacea, máxime si en él además confluye la condición de contador-partidor y, por fin, a falta de interpretación extrajudicial, corresponde a los tribunales de justicia, siendo pacífico que la interpretación de las cláusulas testamentarias es facultad que corresponde al tribunal de Instancia —por todas, RDGRN 6587/2014, de 30 de abril, RDGSJFP 15773/2020, de 19 de noviembre, RDGSJFP 20509/2022, de 15 de noviembre—.

Comentario aparte merece la sección que en el trabajo se destina a destacar la inestimable función del notario, que no solo será un verdadero «apoyo institucional» —papel que le atribuye la Circular informativa 3/2021, de 27 de septiembre, del Consejo General del Notariado—, para las personas vulnerables y, en particular, para las personas con discapacidad, sino que, además, en la ordenación de la sucesión testamentaria de estas personas, será decisiva su involucración, que no es ni puede ser un mero espectador y sí el mejor artífice para indagar la verdadera voluntad del testador y plasmarla en el documento testamentario; no en vano, el Tribunal Supremo consideró al notario como testigo «de mayor excepción», al indagar la voluntad testamentaria —STS, Sala 1.ª de lo Civil, de 3 de julio de 1957— y consideró que no podía desconocerse la función del notario «en relación con la expresión de la voluntad testamentaria» —STS 13/2003, Sala 1.ª de lo Civil, de 21 de enero—. La mejor doctrina incluso se refiere a la «jurisprudencia notarial», al «valor normativo de las interpretaciones y las prácticas notariales» y a la facilidad notarial para «penetrar en cuál es la intención subconsciente de los otorgantes» —así, CASTÁN TOBEÑAS (*Función notarial y elaboración notarial del Derecho*) y VALLET DE GOYTISOLO («La determinación notarial del Derecho»)—. En suma, si en la interpretación de la voluntad del testador, *ex post*, tras su fallecimiento, tienen papel preponderante los propios herederos, el albacea o los tribunales de justicia, se puede decir que en la interpretación de la voluntad testamentaria, *ex ante*, antes de su fallecimiento, el protagonismo lo ostenta el notario, que es al que le corresponde favorecer la configuración de la *voluntas testatoris*, mediante la indagación de lo realmente querido por el testador.

Finalmente, cumple prevenir que se realizarán algunas incursiones en el Derecho civil autonómico, de forma significativa, en el Derecho civil de Galicia, no tanto por razón del lugar de desarrollo de mi actividad académica, por proximidad, sino por tener la firme convicción de que el legislador gallego ha sido especialmente sensible al regular diversas instituciones favorecedoras de los cuidados, incluso de los cuidados «afectivos» (art. 148 LDCG) y de reconocimiento a los cuidadores. En particular, destaca la regulación que se hace de las disposiciones testamentarias a favor de quien cuide al testador (arts. 203 y 204 LDCG), normas que no conocen precedente en el Derecho estatal español, sin perjuicio de la regulación de los pactos de mejora, con imposición de cargas al favorecido, como por ejemplo la de cuidar e, incluso, con referencia explícita a instituciones consuetudinarias gallegas, en particular, al

casamiento para casa y a la mejora de labrar y poseer, que ponen especial acento en la las posibles cargas o gravámenes que llevan ínsitos los cuidados y asistencia a los causantes, cuestiones todas estas que se desarrollarán en este trabajo.

2. Acerca de la ética del cuidado, con especial consideración al dispensado a las personas con discapacidad y vulnerables

La LRAPD reconoce en su Preámbulo el «valor del cuidado» y lo considera como un valor «en alza en las sociedades democráticas» y, además, se dice que «Todas las personas, y en especial las personas con discapacidad, requieren ser tratadas por las demás personas y por los poderes públicos con cuidado, es decir, con la atención que requiera su situación concreta» (apartado III).

En tal sentido, se refiere expresamente al cuidado de la persona, al regular la medida de apoyo voluntaria de la autotutela, el artículo 271 CC, cuando dispone que la persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, pueda proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador; puede igualmente, conforme al párrafo segundo, establecer diversas disposiciones: «en especial, sobre el cuidado de su persona», sin perjuicio de proponer a la persona que haya de llevar cabo tales disposiciones¹.

Procede, antes de adentrarme en el estudio de otras cuestiones del trabajo, realizar siquiera un somero recorrido por la doctrina más relevante con relación al *valor del cuidado*. De la «ética del cuidado» se ha empezado a hablar desde el libro de la filósofa y psicóloga norteamericana Carol GILLIGAN, para la que «[...] al trazar el desarrollo de una ética del cuidado, exploro las bases psicológicas de las relaciones humanas no violentas. Esta ética relacional trasciende la antigua oposición entre el egoísmo y el altruismo». Y añade que, «en la ética del cuidado, la relación requiere una especie de coraje y resistencia emocional que durante mucho tiempo ha sido una fortaleza de las mujeres, insuficientemente notada y valorada»². Como observó en su día RODOTÀ, desde hace algún tiempo se viene discutiendo precisamente el paso de la sociedad del «bienestar» a la sociedad del «cuidado»³.

Por su parte, TRONTO defiende una visión particular del cuidado, de la democracia y de la relación entre ellos. Requiere que las prácticas de cuidado se lleven a cabo de manera democrática y que el cuidado se convierta en un valor central para las democracias y extiende las obligaciones del cuidado a la democracia en su conjunto en el sentido de entender el cuidado como un valor público derivado de la teoría de que todos somos, en algunas épocas de nuestra trayectoria vital,

¹ Al regular la *institución de la asistencia* y referirse a la designación notarial por la propia persona, el Libro Segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia —Ley 25/2010, de 29 de julio—, apela explícitamente al «cuidado», al disponer en su artículo 226-3.1 que «Cualquier persona mayor de edad, en escritura pública, en previsión o apreciación de una situación de necesidad de apoyo, puede nombrar a una o más personas para que ejerzan la asistencia y puede establecer disposiciones con respecto al funcionamiento y al contenido del régimen de apoyo adecuado, *incluso con respecto al cuidado de su persona*. También puede establecer las medidas de control que estime oportunas con el fin de garantizar sus derechos, el respeto a su voluntad y preferencias y para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida» —la cursiva es añadida—.

² GILLIGAN, *Letter to Readers, 1993— In a Different Voice. Psychological Theory and Women's Development* [1st. Ed., 33rd. Printing, 1994]. Cambridge: Harvard University Press, Cambridge, 1982, p. xix.

³ RODOTÀ, *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*, Trotta, Madrid, 2010. Véase, en especial, el capítulo 8, titulado «El cuidado», pp. 253-278.

«receptores de cuidados» (*care receivers*) y, en consecuencia, a todos nos corresponde recíprocamente asumir la condición de «dadores de cuidado» (*care givers*)⁴.

En España, destaco la obra de CAMPS, que, después de afirmar que «La responsabilidad de los cuidados no exime a nadie», se refiere a la «actitud de cuidar como un conjunto de atributos (o de virtudes) que dan significado al concepto: disponibilidad, solicitud, empatía, cercanía, afecto»⁵. Asimismo, al respecto del «principio de cuidado», PAU PEDRÓN estima que «supone el trato a cada ciudadano conforme a sus necesidades en cada momento concreto de su vida» e incluso llega a afirmar que «Las normas jurídicas deben recoger el deber de cuidado. El cuidado es también un deber jurídico», para el jurista, la prestación del cuidado «no supone un menoscabo de la autonomía, porque el cuidado no supone autoritarismo [...], sino por el contrario un reforzamiento de la autonomía, ya que el cuidado no debe ejercerse “con la mejor intención” del cuidador, sino conforme a la voluntad de la persona cuidada, de manera que el cuidado no supone *heteronomía*, sino un reforzamiento de la *autonomía*»⁶. Particular interés presenta el estudio de VARELA CASTRO, que atinadamente sostiene que el cuidado brinda la oportunidad de ordenar la experiencia familiar teniendo en cuenta no solo la proximidad por parentesco sino también la proximidad relacional y propone «profundizar, así, en un Derecho de las familias»⁷.

En sucesivos apartados del presente estudio el valor del cuidado aparecerá asociado a diversas figuras, especialmente de naturaleza sucesoria, propiciadoras de la prestación de cuidados, de donde se inferirá la conexión de la ética del cuidado con el Derecho de sucesiones⁸. La doctrina no ha permanecido al margen de esta cuestión, ya vaticinaba GARCÍA RUBIO que «las interferencias entre las relaciones de cuidado y el Derecho de sucesiones constituye un campo de estudio de interés creciente»⁹.

3. La instrumentalización de los apoyos a través de negocios jurídicos favorecedores de los cuidados

3.1. Generalidades

⁴ TRONTO, *Caring Democracy. Markets, Equality, and Justice*, New York University Press, New York, 2013, p. 169.

⁵ CAMPS, *Tiempo de cuidados. Otra forma de estar el mundo*, Arpa, Barcelona, 2021, pp. 97-99.

⁶ PAU PEDRÓN, «El principio de igualdad y el principio de cuidado, con especial atención a la discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 1, 2020, pp. 3-5.

⁷ VARELA CASTRO, «Mujeres, hombres y el discurso del cuidado: contextualización para un debate en el ámbito del Derecho privado», en TOMÁS y VIDU (coords.), *Mujer como motor de innovación jurídica y social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 1029.

⁸ Del «valor del cuidado» me he ocupado al estudiar «La necesaria incorporación del valor del cuidado al Derecho de la persona y de la familia —con particular atención a los negocios jurídicos propiciadores de cuidados—», en SOLÉ RESINA, (coord.), *Persona, Familia y Género. Liber Amicorum a M.^a del Carmen Gete-Alonso y Calera*, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 221-234.

⁹ GARCÍA RUBIO, «Relaciones de cuidado y Derecho sucesorio: Algunos apuntes», en DOMÍNGUEZ LUELMO y GARCÍA RUBIO (dirs.) y HERRERO OVIEDO (coord.), *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, La Ley, Madrid, 2014, p. 481. También, se han ocupado de la relevancia del factor «cuidado» en el ámbito del Derecho de sucesiones, por ejemplo, DÍAZ MARTÍNEZ, «Disposiciones testamentarias vinculadas al cuidado del disponente o de terceros», en LLEDÓ YAGÜE/FERRER VANRELL/TORRES LANA (dirs.) y MONJE BALMASEDA (coord.), *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, t. I, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 285-321, y NIETO ALONSO, «La disposición testamentaria ordenada a favor de quien cuide al testador o a otras personas por él designadas», en DOMÍNGUEZ LUELMO y GARCÍA RUBIO, (dirs.) y HERRERO OVIEDO (coord.), *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 1043-1066.

Tras la piedra angular de la Convención de Nueva York de 2006, el artículo 12, en particular, cuando proclama que «las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida» (art. 12.2)¹⁰, se supera el principio de la protección del mejor interés o superior interés de la persona con discapacidad, por el nuevo principio del «respeto por la voluntad, los deseos y las preferencias de las personas con discapacidad» (como se infiere de su art. 12.4). La adaptación de la legislación española a la Convención de Nueva York, se efectúa por medio de la LRAPD, que ya en su Preámbulo (apartado I) proclama que «La presente reforma de la legislación civil y procesal pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida [...]»¹¹. A mi juicio, resulta plausible la adaptación que ha realizado el legislador estatal a la Convención de Nueva York, por lo que atañe a las personas con discapacidad; pero considero que, todavía, tanto el legislador estatal como el de los Derechos civiles autonómicos tienen una tarea pendiente, que es la de ocuparse del colectivo de personas, sin discapacidad, pero sí vulnerables, por ejemplo, por razón de edad¹².

La nueva fórmula de los «apoyos» a las personas con discapacidad produce la interdicción de la sustitución en la toma de decisiones por ellas. Como se dice en la paradigmática STS 282/2009, Sala 1.ª de lo Civil, de 29 de abril¹³: «La Convención propugna el cambio del modelo de "sustitución en la toma de decisiones" por el nuevo modelo de "apoyo o asistencia en la toma de decisiones"» (FD Tercero). Destaco, a mayor abundamiento, la Observación general N.º 1 (2014) de las Naciones Unidas¹⁴, al interpretar el párrafo 3 del artículo 12 de la Convención¹⁵, cuando, después de declarar que «El apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas», puntualiza que «En el artículo 12, párrafo 3, no se especifica cómo debe ser el apoyo. "Apoyo" es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades» y aclara, como ejemplo, que las personas con discapacidad pueden escoger

¹⁰ Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad —hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España en Instrumento de 23 de noviembre de 2007 (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008)— (en adelante, CNUDPD).

¹¹ En coherencia con la Convención de Nueva York y dado que la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio (LRAPD) generaría un vacío legal en Cataluña, en el Derecho civil de Cataluña, el Decreto-ley 19/2021, de 31 de agosto adapta el Código civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad y otorga una especial atención a la regulación de la institución de la asistencia (arts. 226-1 a 226-8, del Libro Segundo del CC de Cataluña, relativo a la persona y la familia —Ley 25/2010, de 29 de julio—). Ahora bien, como establece la Disposición final cuarta de este Decreto-ley 19/2021, «En el plazo de doce meses desde la entrada en vigor de este Decreto ley, el Gobierno tiene que presentar un proyecto de ley de modificación del Código civil de Cataluña en materia de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad». Decreto-ley que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña (Disposición final quinta) —publicación en el DOGC, núm. 8493, de 2 de septiembre de 2021—.

¹² Aunque el legislador catalán, se exprese bien en el Preámbulo del Libro Segundo, relativo a la persona y la familia (Ley 25/2010, de 29 de julio), que acierta al no descuidar a los colectivos vulnerables y disponer, entre los principios de la Ley (apartado II) que «Respecto a los intereses de los colectivos especialmente vulnerables, el ordenamiento civil debe hacer posible, no obstante las especiales necesidades de protección por razón de edad o de disminución psíquica o física, que todas las personas puedan desarrollar su proyecto de vida y tomar parte, en igualdad de derechos y deberes, en la vida social».

¹³ ECLI:ES:TS:2009:2362.

¹⁴ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (11.º período de sesiones). CRPD/C/GC/1.

¹⁵ Apartado 3 del artículo 12 de la Convención, a cuyo tenor «Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica».

a una o más personas de apoyo «o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como el apoyo entre pares» (apartado 17).

Pues bien, en coherencia con este concepto flexible de los «apoyos», es posible su instrumentalización a través de negocios jurídicos propiciadores de los cuidados. En este sentido, convengo con GARCÍA RUBIO cuando reconoce que además de las medidas de apoyo tipificadas en la LRAPD, «existen en el conjunto del sistema otros posibles instrumentos que podrían ser utilizados como vehículos de cuidado y apoyo a las personas con discapacidad» y destaca entre ellas el contrato de alimentos, recogido en los artículos 1791 a 1797 CC, redactados por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre¹⁶. Como recuerda la autora, estamos ante un tipo contractual en el que el alimentante debe al alimentista «asistencia de todo tipo», expresión en la que cabe incluir no solo la labor de cuidado personal, sino también toda la asistencia necesaria para ayudar a la persona en todas las facetas, incluido el ejercicio de su capacidad jurídica¹⁷. En el Código civil de Cataluña, al regular el contrato de alimentos, el artículo 624-8 del Libro Sexto, relativo a las obligaciones y los contratos (Ley 3/2017, de 15 de febrero), la obligación incluye expresamente «todo tipo de asistencia y cuidado».

Especial mención merece, a mi juicio, la posible celebración de un contrato de vitalicio (arts. 147-156 LDCG), por la persona que recibe el apoyo o los cuidados como alimentista-cedente y el apoyo o el cuidador, como alimentante-cesionario. He optado por referirme al contrato de vitalicio, ya muy desarrollado jurisprudencialmente, por el especial interés que presenta su regulación por la Ley de Derecho civil de Galicia, en particular, en atención al protagonismo que les concede a los cuidados «incluso los afectivos» (art. 148.1)¹⁸. Como observa PEÓN RAMA, se positiviza esta modalidad contractual forjada en la práctica, que se concebía, sobre todo, como asistencia integral de la persona: «con la peculiaridad de la incorporación como elemento objetivo del contrato de los cuidados *afectivos*», tan necesarios, tanto más cuando se trata de personas mayores dependientes. Destaca el notario este aspecto: «al tratarse de la introducción

¹⁶ Ley 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.

¹⁷ GARCÍA RUBIO, «Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad», *Cuaderno Jurídico SEPIN. Familia y Sucesiones*, núm. 136, 2021, p. 54.

¹⁸ Obsérvese cómo el alcance del valor del afecto ya se aprecia en la STS, Sala 1.ª de lo Civil, de 2 de enero 1928 (ECLI:ES:TS:1928:1496), en la disposición testamentaria se impone a la heredera universal la obligación de cuidar y asistir al testador «con verdadero afecto». El fallo contiene una importante doctrina en relación a las disposiciones testamentarias sometidas a condición o bien *sub modo*, ordenadas a favor de cuidadores; en el caso de autos, no se entendió invalidada la eficacia de la institución, por aplicación del artículo 798 CC, porque la instituida estaba a la sazón del fallecimiento del causante ausente en América, entendiéndose que el no cumplimiento de la carga impuesta no se debió a culpa o hecho propio de la heredera. Destaca la relevancia del valor del afecto, aunque como *obiter dictum*, la STS 118/2021, Sala 1.ª de lo Civil, de 3 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:858), al recalcar que no es indiferente el aspecto afectivo (como parecía sugerir la sentencia recurrida), sino que «Por el contrario, la atención afectiva puede conformar el contenido de la asistencia y cuidado queridos por el testador que tiene medios económicos propios para cubrir sus necesidades materiales y lo que desea es sentirse apoyado emocional y afectivamente» (FD Segundo). En parecido sentido, recientemente, al resolver un caso de contrato de alimentos, el Tribunal Supremo incluye en su contenido la atención a las necesidades «afectivas», al defender un concepto amplio del objetivo del contrato que alcance a «la necesidad de recibir cuidados y atenciones personales (materiales, afectivas y morales)» (FD Quinto) —STS 115/2022, Sala 1.ª de lo Civil, de 15 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:608)—. Por lo que respecta a los pactos sucesorios, por ejemplo, de mejora, subordinados a la obligación de cuidado, en el que se valore el «afecto», destaco, en un pacto de mejora celebrado entre la madre y dos de sus hijos, el caso enjuiciado por la SAP Ourense 51/2015, Sección 1.ª, de 19 de febrero (ECLI:ES:SAPOU:2015:97), con el convincente argumento de que la finalidad del pacto era la de propiciar «ese marco de *convivencia, afecto y seguridad* [a la madre, destinataria de los cuidados], que constituyó la causa de contrato y que fue el fin perseguido, *del que todas las personas se encuentran íntimamente necesitadas, sobre todo, a edades avanzadas*, con las naturales limitaciones físicas que progresivamente van disminuyendo la propia capacidad de autogestión doméstica» —la cursiva es añadida—.

como objeto de la prestación una *res extra commercium*, que no se considera únicamente como un elemento causal sino como auténtica parte integrante de la prestación contractual, y que incluso puede ser el objeto realmente perseguido por el alimentista»¹⁹.

Ya centrandó el punto de atención en la posibilidad de concertar un contrato de vitalicio (o, en su caso, de alimentos), se pueden plantear dos cuestiones, a saber: si resulta necesario contar con autorización judicial para celebrarlo y si se trataría de un caso de autocontratación. En relación con la primera cuestión, el artículo 287 CC regula los supuestos en los que el curador en funciones representativas necesita autorización judicial, precepto al que se remite el artículo 264.2.º CC, que se refiere a los casos en los que el guardador de hecho deberá recabar autorización judicial para prestar consentimiento. Pues bien, el artículo 287 CC, al señalar los actos en los que se necesita autorización judicial «en todo caso», entre otros, según su apartado 9.º, se exige: para celebrar contratos de «renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria». A mi juicio, no puede considerarse al vitalicio como contrato análogo a la renta vitalicia. Recuérdese con la conocida sentencia sobre el vitalicio, la STS, Sala 1.ª de lo Civil, de 28 de mayo de 1965²⁰, que el vitalicio es un contrato autónomo y que «no es una modalidad de la renta vitalicia». Además, la función asistencial es la esencia del contrato de vitalicio y no de la renta vitalicia. Por lo que atañe a la segunda cuestión, si la prohibición de autocontratar alcanzaría al contrato de vitalicio celebrado entre la persona que presta el apoyo que adquiriría los bienes como cesionario/alimentante de la persona con discapacidad, como cedente/alimentista, estimo que, aunque el artículo 1459.1.º CC impide adquirir por compra a los que desempeñen «funciones de apoyo», «los bienes de la persona o personas a quienes representen», el precepto se refiere a un apoyo en funciones representativas, luego, si el curador o el guardador de hecho simplemente actúan como apoyos no representativos no les alcanza la prohibición. Considero que raramente se produciría en el contrato de vitalicio un conflicto de intereses, ya que el autocontrato sería válido si de su celebración no se sigue lesión o perjuicio del interés del representado, como dijo DÍEZ-PICAZO²¹. En estos casos, es obvio que no se sigue lesión o perjuicio: el interés del perceptor de los alimentos en recibir los cuidados, incluso afectivos, no entra en conflicto con el interés del guardador o del curador en recibir bienes a cambio de tales cuidados. Convengo con MARIÑO PARDO cuando, al analizar el artículo 1459 CC, señala que «por su carácter prohibitivo, debe ser objeto de interpretación restrictiva»²². En este sentido, la STS, Sala 1.ª de lo Civil, de 13 de febrero de 1967²³, rechaza la aplicación del artículo 1459 CC a un contrato de vitalicio (calificado en la sentencia como renta vitalicia), recordando la necesaria interpretación restrictiva de las normas prohibitivas: «odiosa sunt restringenda».

Es más, estimo que debería fomentarse la posibilidad de celebrar este tipo de contratos, como el vitalicio, por medio del cual se facilitan a la persona con discapacidad o vulnerable, por ejemplo, cuidados, incluidos los afectivos. A mi juicio, la celebración de un contrato de vitalicio, incluso con el guardador de hecho o con el curador, contribuiría a la deseable «desinstitucionalización»

¹⁹ PEÓN RAMA, «Comentario a los artículos 147 y 148 de la Ley de Derecho civil de Galicia», en REBOLLEDO VARELA (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 624 y 625.

²⁰ ECLI:ES:TS:1965:847.

²¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. Primero. *Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias*, segunda edición [1983] —segunda reimpresión: 1988—, Tecnos, Madrid, 1988, p. 140.

²² MARIÑO PARDO, «La capacidad en el contrato de compraventa de inmuebles. Prohibiciones: el artículo 1459 del Código Civil», *Iuris Prudente. Blog de Derecho privado, desde la perspectiva notarial y registral*. En: <http://www.iurisprudente.com/2020/06/la-capacidad-en-el-contrato-de.html>, 18 de junio de 2020 [última consulta: 20.02.2023].

²³ ECLI:ES:TS:1967:1654.

a la que se refiere la Observación general N.º 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD/C/GC/1), al relacionar el artículo 12 CNUDPD (*Igual reconocimiento como persona ante la ley*) con otras disposiciones de la Convención (apartado IV), en concreto, con el artículo 19 (*Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad*), cuando declara que «La segregación de las personas con discapacidad en instituciones sigue siendo un problema generalizado e insidioso que viola varios de los derechos garantizados en la Convención [...]. La elección que haga la persona de dónde y con quién vivir no debe afectar a su derecho a acceder al apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica» (apartado 46).

La repercusión de contratos como el de alimentos y el de vitalicio en el proceso sucesorio del cedente, y, especialmente, en el cálculo de las legítimas, como consecuencia de su carácter aleatorio y oneroso, dota a estos contratos de una nueva virtualidad. Como observa atinadamente PEÓN RAMA, «No se trata de introducir una vía para defraudar legítimas, sino de dar relevancia legal a la onerosidad que conlleva el cuidado de otras personas, aun cuando estas sean los propios padres [...], con las consecuencias que evidentemente derivan de dicha calificación, por cuanto al ser oneroso no solo no hay límite a la disponibilidad por el causante *inter vivos* (art. 634 CC) sino que tampoco queda sujeto a computación, colación e inoficiosidad»²⁴. Aunque, no faltan casos en los que lo que se ha pretendido, precisamente, fue utilizar un contrato de alimentos para eludir los límites propios del derecho de sucesiones y, en consecuencia, sin respetar el derecho de los demás legitimarios, como ocurrió en el caso resuelto por la STS 115/2022, Sala 1.ª de lo Civil, de 15 de febrero²⁵, que, finalmente, declaró la nulidad de un contrato de alimentos, celebrado entre don Primitivo, viudo y jubilado, a los ochenta y cinco años, con su hijo Leonardo, con una importante cesión de bienes a cambio de alimentos. El Tribunal Supremo, después de considerar que «[...] dada la función típica asistencial del contrato, deba atenderse no solo a la situación de necesidad económica o la insuficiencia de recursos para subsistir, características de las obligaciones legales de alimentos, sino de una manera más amplia a la necesidad de recibir cuidados y atenciones personales (materiales, afectivas y morales). Este posible contenido personal y asistencial del contrato de alimentos debe ser tenido en cuenta a la hora de ponderar en cada caso, en atención a las circunstancias concurrentes, la existencia de una razonable proporción entre las prestaciones asistenciales asumidas por el alimentante y el valor de los bienes cedidos por el alimentista», entendió que en el caso de autos «no existió un contrato de alimentos sino que la verdadera intención de los otorgantes del contrato litigioso fue que el demandado, con quien sin duda el padre tenía una especial relación personal y de afecto, recibiera sus bienes sin estar sometido a los límites propios del derecho de sucesiones y, en consecuencia, sin respetar el derecho de los demás legitimarios» (FD Quinto)²⁶.

3.2. La pertinente recompensa a la labor del cuidador por medio de diversas figuras jurídicas

El cuidador, que podría ser una de las figuras de apoyo que el Código civil, tras la reforma operada por la LRAPD, prevé, como el curador o el guardador de hecho, por ejemplo, actúa, generalmente, de forma solícita y por afecto, empatía y cariño hacia la persona cuidada, movido, tal vez, por la preocupación por esa persona a la que cuida, generalmente un familiar o persona de su entorno

²⁴ PEÓN RAMA, «Comentario a los artículos 147 a 156 de la Ley de Derecho civil de Galicia», en REBOLLEDO VARELA (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 637 y 638.

²⁵ ECLI:ES:TS:2022:608.

²⁶ Se tomaron en consideración las siguientes circunstancias: la edad del cedente (que otorgó el contrato en la etapa final de su vida, superada la estadística de esperanza de vida), la ausencia de necesidades asistenciales (pues contaba con una pensión, vivía solo en su propia casa y no precisaba especiales cuidados), la importancia económica de los bienes cedidos y la escasa exigencia de las obligaciones asumidas por el cesionario.

próximo²⁷. Sin embargo, los cuidadores, a menudo realizan una labor ardua e ignorada que necesita ser reconocida y recompensada. Por consiguiente, si el cuidado es considerado como un valor ético, también es un deber ético reconocer una suerte de contrapartida al cuidador, una gratitud, que puede singularizarse por medio de diversos negocios jurídicos que, por una parte, suponen un reconocimiento moral y, por otra parte, compensan el tiempo dedicado a los cuidados y sustraído a otras actividades, como las laborales. A este respecto, destaco y comparto las atinadas observaciones de VARELA CASTRO, cuando esboza una serie de propuestas, a modo de hipótesis, de reconocimiento de la labor del cuidador, como, por ejemplo, la posibilidad para el cuidador de solicitar judicialmente una retribución, o considerarlo como posible acreedor de un derecho de alimentos, o beneficiario de disposiciones legales en relación con ciertos contratos, como el de arrendamiento, o titular de un derecho real de habitación sobre la vivienda de la persona cuidada y con la que convive. Incluso contempla la posibilidad de que el cuidador sea reconocido como legitimario o llamado en la sucesión intestada y plantea la hipótesis de que el cuidador sea beneficiario de reducciones en el impuesto de sucesiones²⁸.

El Código civil prevé expresamente el derecho del curador a una retribución, siempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita (art. 281.1.º CC); sin embargo, no la contempla en relación con el guardador de hecho, que, a la postre, sigue siendo la figura de apoyo más frecuente. Ahora bien, si el artículo 266 CC no establece la posibilidad de retribución al guardador de hecho —aunque reconozca su derecho al reembolso de gastos y a la indemnización de daños—, estimo que, dada la flexibilidad de la regulación de la figura y si se hace una interpretación de conjunto del nuevo modelo, habría de respetarse la voluntad de la persona con discapacidad si decidiese, por ejemplo, dada su posición económica, disponer una retribución en favor de la persona que le apoya como guardador. Todo sin perjuicio de que la persona con discapacidad establezca una recompensa, una suerte de premio, a favor de su guardador de hecho, y nada impide que pueda tratarse de una donación remuneratoria. Donación remuneratoria que considero de singular transcendencia cuando se trata de remunerar cuidados. En este sentido, obsérvese como ROCA SASTRE, al definir la donación remuneratoria, no la asocia a una retribución, al decir que se trata de «una donación con motivo causalizado, consistente en recompensar al donatario servicios prestados al donante, *sin que este se halle jurídicamente obligado a retribuirlos* y sin que los mismos sean remunerables por el uso» —la cursiva es añadida—²⁹. Ya la STS 50/2002, Sala 1.ª de lo Civil, de 1 de febrero³⁰, que resalto por la importancia que le otorga a los cuidados, declaró la eficacia de una donación remuneratoria y, entre sus razonamientos, destacó que «la donación respondió a la gratitud por los cuidados físicos, atenciones y cariño recibidos, valores que en la sociedad moderna tienen un alto grado de estima y consideración, y a través de la liberalidad se persiguió recompensar los servicios y beneficios recibidos y encargados (arts. 618, 619 y 1274 CC)» (FD Quinto). Ese carácter *diferente* de la donación remuneratoria (ex art. 619 CC), respecto de la que se puede denominar donación «pura» (ex art. 618 CC) ya lo observó el Rey Sabio en el Proemio del título IV, Partida Quinta, al

²⁷ Al referirse a la importancia del entorno familiar y social en el nuevo modelo de la discapacidad, tras la CNUDDP, GETE-ALONSO, reconoce la primacía de los apoyos no institucionales y considera que tienen especial relevancia, además de la función notarial: «los que proporcione el entorno familiar y social de la persona». GETE-ALONSO Y CALERA, «El nuevo modelo de la discapacidad. La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad», en GETE-ALONSO Y CALERA (coord.), *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Colegio Notarial de Cataluña, Marcial Pons, Barcelona, 2020, p. 37.

²⁸ VARELA CASTRO, «Mujeres, hombres y el discurso del cuidado: contextualización para un debate en el ámbito del Derecho privado», en TOMÁS y VIDU (coords.), *Mujer como motor de innovación jurídica y social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 1029 y 1030.

²⁹ ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, vol. I, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 597.

³⁰ ECLI:ES:TS:2002:590.

decir que las donaciones «se fazen por gracias, o por bondad de aquel que las da, o por *merescimiento de aquel que lo rescibe*» —la cursiva es añadida—.

Aparte de la donación remuneratoria, otro tipo de donación es la que puede configurarse con la carga de cuidar, la donación modal, en ella, el incumplimiento de la carga conlleva la revocación de la donación (ex art. 647 CC)³¹; pero, sobre todo, destaco, por la pertinencia para el perfil de este trabajo, el problema interpretativo que conlleva con inusitada frecuencia la denominada «donación en concepto de mejora» (ex art. 825 CC)³². Normalmente, la atribución al legitimario hecha en calidad de mejora se ordena en testamento, por ejemplo, a título de legado (ex art. 828 CC); pero cabe caracterizar como mejora una liberalidad *inter vivos* (ex art. 825 CC); si bien, mientras que el artículo 825 exige para la condición de mejora de la donación *inter vivos* la declaración expresa de la voluntad del donante en tal sentido, el artículo 828 CC, prevé el mismo efecto para el legado, alternativamente: cuando el testador lo declare expresamente o cuando no quepa en la parte libre³³. Ahora bien, comparto las atinadas consideraciones de ROCA SASTRE, cuando observa que cuando los padres han otorgado una donación a alguno de sus hijos o descendientes legitimarios, excluyéndola de la imputación a la legítima —o lo que es lo mismo, disponiendo que la misma no se colaciona cuando el donatario sea coheredero—, entonces, dicha donación será mejora en cuanto no quepa en la parte libre, porque aunque el artículo 825 CC no contenga las palabras del artículo 828 CC «o cuando no quepa en la parte libre», considera el autor que, «por analogía, ha de entenderse como si dicho art. 825 las contuviere, [...]». Evidentemente, al disponerse la no imputación o la no colación hay que pensar que la voluntad de los padres fue que el donatario recibiera la donación además o aparte de la legítima»; por eso, al referirse a la imputación de tal donación o, en su caso del legado (ex arts. 825 y 828 CC), concluye que «Cuando sea imputable a la legítima el legado o donación otorgada por los padres a alguno de sus hijos o descendientes, si el legado o donación excediere del valor de la cuota legitimaria del legatario o donatario, tal exceso del legado o donación será mejora en cuanto no quepa en la parte libre»³⁴. En esa línea se pronuncia ALBALADEJO, al defender el mantenimiento de la donación a costa, y por este orden, de los tercios de legítima, libre disposición y mejora: «Lo cual [...] supone admitir, si es preciso, el carácter de mejora de la donación»³⁵.

³¹ Resulta de interés la SAP Tarragona 208/2009, Sección 3.ª, de 10 de junio (ECLI:ES:APT:2009:588), en el caso enjuiciado, se dispuso una donación *mortis causa* de un inmueble formalizada en escritura pública, hecha por la tía a favor de su sobrina, con la carga de cuidado y atención personal a la donante, esta donación sustituyó al legado del mismo inmueble efectuado dos años antes y a un contrato privado de cesión; finalmente, se revoca la donación por incumplimiento de la carga, en síntesis, por ingreso de la donante en una residencia, posterior declaración de incapacidad y nombramiento como tutor al hijo de la donante, que, al ingresar en un hospital su madre, contrata a una cuidadora. También, procedió la revocación de una donación por incumplimiento de la carga de cuidados en el caso enjuiciado por la SAP Salamanca 147/2010, Sección 1.ª, de 15 de marzo (ECLI:ES:APSA:2010:177).

³² El estudio detallado de estas figuras se deja para otra ocasión, por razón de la extensión de este trabajo.

³³ El primer fallo en el que el Tribunal Supremo, en interpretación de los artículos 825 y 828 CC, huye de forma contundente del rango sacramental que las citadas normas conceden a las expresiones «mejora» y «mejorar», y con relación a disposiciones *mortis causa*, y la posibilidad de imputar al segundo tercio, de mejora, lo dejado en testamento, fue la STS, Sala 1.ª de lo Civil, de 18 de junio de 1982 (ECLI:ES:TS:1982:51). El Tribunal Supremo aprovecha este fallo para fijar una doctrina en torno a la comprensión de la denominada «mejora tácita». No en vano, a lo largo de la sentencia, además de traer a colación lo dispuesto por los artículos 825 y 828 CC, se hace alusión, en diversas ocasiones, a la «mejora indirecta expresa» o bien «mejora tácita», al entender que, a la postre, lo querido por la testadora fue circunscribir los derechos hereditarios/legitimarios de su hijo a la legítima estricta, al tiempo que disponía a favor de sus nietos del segundo tercio de mejora.

³⁴ ROCA SASTRE, *Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas*, en la obra de KIPP, *Derecho de Sucesiones*, en ENNECCERUS, KIPP y WOLF, *Tratado de Derecho civil*, t. Quinto, *Derecho de sucesiones*, vol. I (segunda edición), Bosch, Barcelona, 1976, § 14, pp. 174 y 175.

³⁵ Como aclara el autor, hecha una donación, a la muerte del donante debe mantenerse, en vez de reducirse, si cabe en la legítima estricta que corresponde al donatario + la parte libre del causante + el tercio destinado a mejora, por ese orden. De modo que, «aunque no se hubiese especificado ser mejora la donación o esto no se deduzca de

En efecto, una disposición *inter vivos*, con importantes connotaciones *mortis causa*, en particular en el momento de la imputación al segundo tercio, es la donación en concepto de mejora (ex art. 825 CC), que puede articularse como vía idónea para reconocer la asistencia y los cuidados prestados por el donatario. Sin duda, el fallo del Tribunal Supremo que va a sentar doctrina definitivamente al respecto de la interpretación de unas donaciones para considerarlas hechas en concepto de mejora, es la STS 536/2013, Civil (Pleno), de 29 de julio³⁶. Esta STS 536/2013, regresa, de nuevo, a la cuestión clásica de si una donación puede ser imputable al tercio de mejora por exceder su valor de los de la legítima o libre disposición. Pues bien, el centro de gravedad de este fallo del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo radica en la interpretación de la *voluntas testatoris*, de hecho, el Tribunal Supremo considera que «fuera de este rango sacramental»: «[...] la calificación de mejora de la donación efectuada encierra un fenómeno interpretativo de la declaración de voluntad [...]»³⁷.

Pues bien, ya que en este apartado se estudian diversas figuras jurídicas favorecedoras de los cuidados, singularmente, donaciones, por ejemplo, remuneratorias o con carga o modo de cuidar, no puede ser baladí recordar que el nuevo artículo 251.1.º CC prohíbe a quien desempeñe alguna medida de apoyo: «Recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor», sin perjuicio de que la propia persona con discapacidad excluya expresamente la prohibición del apartado primero de este artículo 251 CC, ya que, aunque esta previsión de exclusión de la prohibición se prevea en el último párrafo del citado artículo únicamente para las medidas de apoyo voluntarias, considero que tratándose de una disposición favorecedora del reconocimiento de la labor del cuidador, en sentido amplio, debería ser una norma extrapolable a las diferentes figuras de apoyo, a las que también les alcanzaría la exclusión de la prohibición. En mi opinión, debería prevalecer siempre la decisión de la persona que recibe el apoyo, si desea gratificar de alguna manera a la persona que se lo presta, respetando su voluntad, salvo que sea susceptible de captación de voluntad; pero, ya que en numerosos supuestos, como, por ejemplo, si se trata de la donación de un inmueble (ex art. 633 CC), que requiere para su validez el otorgamiento de escritura pública, la presencia notarial será la salvaguardia necesaria para evitar abusos o influencias indebidas. No puede obviarse que el artículo 251 CC es una norma limitativa de derechos que, por lo tanto, ha de interpretarse de forma restrictiva (*odiosa sunt restringenda*)³⁸.

la declaración del donante, será mejora la tal donación por la parte que tenga que ser imputada al tercio de mejora». ALBALADEJO, *La Mejora*, Servicio de estudios del Colegio de Registradores. Fundación *Beneficentia et Peritia Iuris*, Madrid, 2003, pp. 160-194, en especial, pp. 160, 190 y 191.

³⁶ ECLI:ES:TS:2013:4809. En el caso enjuiciado se plantea como cuestión de fondo, de índole sustantiva y doctrinal, la declaración de voluntad de mejorar mediante el cauce de la donación *inter vivos* y, precisamente, las testificales practicadas fueron coincidentes en que la causante «quería *compensar a su hijo tanto por los años de dedicación al cuidado de su patrimonio y persona*, como por el hecho de que a su hermano (padre del actor) se le había facilitado el estudio de una carrera universitaria» —la cursiva es añadida—.

³⁷ Esta doctrina elaborada por la STS del Pleno 536/2013, de 29 de julio, es reproducida por la STS 468/2019, Civil, de 17 de septiembre (ECLI:ES:TS:2019:2854), aunque, en este último caso, se descartó la solución dada al caso enjuiciado por la STS 536/2013, al estimar que no se trataba de un supuesto de mejora tácita y que el litigio no guardaba identidad de razón con el resuelto por la STS 536/2013. Así, no se consideró la donación efectuada por el testador a favor de un hijo, sin dispensa de colación, como tácita o presunta, que se impute al tercio de libre disposición y en lo que no quepa en el mismo, en el de mejora, para corresponder a los otros hermanos exclusivamente la legítima estricta, por no constar exteriorizada la voluntad del testador de mejorar al recurrente conforme al artículo 825 CC, ni el testamento contiene dispensa de colación.

³⁸ En este sentido, VAQUER ALOY propugna la interpretación restrictiva del artículo 251 CC, además de afirmar que las prohibiciones dispuestas por la norma no son aplicables en Cataluña por impedirlo el carácter completo del Código civil catalán. VAQUER ALOY, «El sistema de apoyos como elemento para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad» (Capítulo 18), en LLEDÓ YAGÜE/FERRER VANRRELL/EGUSQUIZA BALMASEDA/LÓPEZ SIMÓ (dirs.), *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021*,

Además, tratándose no de personas con discapacidad *stricto sensu*, sino, en general, de personas vulnerables, no podremos entender aplicable el artículo 251 CC, que únicamente se refiere a los supuestos en los que la persona con discapacidad precisa apoyos³⁹.

3.3. Especial consideración al testamento a favor de *quien me cuide* —los artículos 203 y 204 de la Ley de Derecho civil de Galicia—

La persona con discapacidad podría, sino retribuir directamente al cuidador que le apoya, sí ordenar disposiciones *mortis causa* a su favor, precisamente, por haberle prestado cuidados. En efecto, el testador puede incluir estas disposiciones en el testamento, bien condicionando la efectividad de la institución de heredero al cuidado de su persona o bien imponiendo ese cuidado como una carga que el propio heredero debe cumplir. Y es que, aunque el Código civil no dice nada del instrumento sucesorio en el que pueden contenerse este tipo de cláusulas, es posible articularlas a través del testamento en el que se incorporen como condición (ex arts. 790 ss. del CC), o como modo (ex artículo 797 CC)⁴⁰.

No cabe duda de que serán dos aspectos los más relevantes para, a la postre, averiguar quién o quiénes son los destinatarios finales de la disposición testamentaria, por considerar que se ha cumplido la condición o el modo consistente en cuidar. Por consiguiente, como veremos a continuación, resultarán determinantes, por una parte, la interpretación del testamento⁴¹ y, por otra parte, la actividad probatoria, prevista en la LDCG y centrada en la facultad de apreciar el cumplimiento por el albacea (*testamenteiro*); pero, como seguidamente se advertirá, será decisiva la prueba testifical, en particular de los vecinos del testador, sanitarios y otros profesionales que se relacionan con él.

Como reconoce la STS 118/2021, Sala 1.ª de lo Civil, de 3 de marzo⁴², después de hacer un importante recorrido por la jurisprudencia recaída al respecto de este tipo de disposiciones a

de 2 de junio, al año de su entrada en vigor, Fundación Notariado, Dykinson, Madrid, 2022, en particular, pp. 521 y 523.

³⁹ Por lo que atañe a las limitaciones de disposiciones *mortis causa* a favor de los cuidadores, singularmente, por la consideración de incapacidades relativas para suceder, procede tener presente el artículo 753 CC, al que me refiero al final del apartado siguiente de este trabajo.

⁴⁰ NIETO ALONSO, «La disposición testamentaria ordenada a favor de quien cuide al testador o a otras personas por él designadas», DOMÍNGUEZ LUELMO y GARCÍA RUBIO (dirs.) y HERRERO OVIEDO (coord.), *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, La Ley, Madrid, 2014, p. 1047.

⁴¹ Que atenderá, como es sabido, en primer lugar, a la averiguación de la voluntad del testador: ley de la sucesión (ex art. 675 CC); sin perjuicio del recurso a la interpretación integrativa y a la prueba extrínseca. Según opinión común de la doctrina, la *interpretación integrativa* consiste en reconstruir la voluntad del causante conforme a lo expresado en el testamento. Se trata de resolver contingencias que el testador no ha tenido presentes, para lo que se indagan las líneas esenciales de su voluntad, conforme al tenor del testamento. El recurso a *la prueba extrínseca* tiene lugar cuando los datos suministrados por el testamento no sean suficientes para averiguar el sentido de la voluntad del causante, se admite el recurso a elementos extrínsecos o extraños al testamento de que se trate, como cartas, o declaraciones verbales o escritas anteriores o posteriores al testamento, o comportamientos del testador. Como dice la STS 118/2021, Sala 1.ª de lo Civil, de 3 de marzo 2021 (ECLI:ES:TS:2021:858), «se entiende por prueba extrínseca el recurso a otros medios ajenos al propio testamento, en particular a los actos del testador previos o posteriores al otorgamiento» (FD Segundo) —en este sentido, STS 13/2003, Civil, de 21 de enero (ECLI:ES:TS:2003:223) y STS 547/2009, Civil, de 28 de julio (ECLI:ES:TS:2009:5810), entre otras—.

⁴² ECLI:ES:TS:2021:858. Resulta de particular interés el comentario a esta sentencia por MARIÑO PARDO, «Institución de heredero bajo “condición” de cuidados. No sujeción de la eficacia de la institución a la prestación de los cuidados. Respeto a la verdadera voluntad del testador. Distinción entre modo y condición. La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2021», *Juris Prudente. Blog de Derecho privado, desde la perspectiva notarial y registral*. En: <http://www.iurisprudente.com/2021/04/institucion-de-heredero-bajo-condicion.html>, 8 de abril de 2021 [última consulta: 20.02.2023]. El notario observa atinadamente cómo el Tribunal Supremo en esta sentencia omite pronunciarse sobre una cuestión que sí tiene cierta relevancia y es la de que el testador tenía,

favor del cuidador: «La introducción en los testamentos de referencias a la asistencia y cuidado del testador admite una pluralidad de configuraciones en función de lo querido por el testador (también es posible la referencia al cuidado de otras personas, como hijos, cónyuges o ascendientes)». Así admite que es posible una institución de heredero, o legatario, a favor de persona indeterminada (a quien me cuide, al hijo que me cuide), o de persona determinada (quien me viene cuidando, o si me cuida, o con la obligación o la carga de que me cuide, o con la condición de que me cuide...). Como observa atinadamente este fallo «Las disposiciones a favor de quien cuide o haya cuidado al testador canalizan una posible alternativa a problemas asistenciales siempre que en su otorgamiento no concurra ninguna circunstancia de influencia indebida o captación de un testador vulnerable» (FD Segundo). En el caso de autos, el recurso plantea como cuestión jurídica la interpretación de un testamento en el que el testador (viudo, sin hijos), tras instituir herederos a unos vecinos con los que mantenía una gran relación de amistad, les «impone la condición de atender al cuidado y asistencia del testador hasta su fallecimiento»⁴³. Tras el fallecimiento del testador, la demanda la interponen sus sobrinos con el fin de que se declare la ineficacia de la institución de herederos. Los sobrinos del causante alegaron fundamentos legales y terminaban suplicando que se dictase sentencia declarando nula la institución de heredero hecha a favor de los demandados al no cumplirse la condición impuesta, reintegrando los bienes a la masa hereditaria. El juzgado desestima la demanda. Considera que el testador incluyó una cláusula potestativa de pasado, posible al amparo del artículo 795 CC, pero que los demandados instituidos no la conocieron antes del fallecimiento, ni hubo situación de necesidad, ni abandono, por lo que no tuvieron ocasión de cumplirla y, en consecuencia, no se podía apreciar incumplimiento⁴⁴; a mayor abundamiento añadió que, al amparo del artículo 675 CC, que no excluye la búsqueda de medios probatorios para averiguar la voluntad del testador, en el caso esa voluntad era la eficacia de la disposición del testamento, como confirma que sabiendo que ya no se podía cumplir la condición cuando ingresó en la residencia no hiciera un nuevo testamento, o que en el mismo designara la sustitución a favor de los descendientes de los instituidos, y no a favor de los sobrinos demandantes, con quien, según las declaraciones de los testigos, no tenía buena relación⁴⁵. Finalmente, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y considera que, en definitiva, como ha quedado dicho, lo decisivo para desestimar la demanda es que el testador expresó su voluntad de instituir herederos a los demandados por la amistad prolongada que les unía, sin subordinar la eficacia del llamamiento al efectivo cumplimiento de una obligación de cuidado, tal como resulta del tenor del testamento y del hecho de que mantuviera inalterada en el tiempo su designación después de

según se asume por la Audiencia Provincial, en la sentencia recurrida en casación (SAP A Coruña 373/2017, 13 diciembre [ECLI:ES:APC:2017:2561]), la vecindad civil gallega y muere estando en vigor la LDCG 2/2006, que contiene disposiciones particulares sobre la condición de cuidados (arts. 203 y 204). También, comenta esta STS 118/2021, de 3 de marzo, NIETO ALONSO, Antonia, «Disposición testamentaria ordenada a favor de quien cuide al testador: condición suspensiva potestativa de pasado o institución modal. A propósito de la STS 118/2021, de 3 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:858)», *IDIBE (Instituto de Derecho Iberoamericano), Tribuna*, núm. 4, abril 2023. Disponible en: <https://idibe.org/tribuna/disposicion-testamentaria-ordenada-favor-quien-cuide-al-testador-condicion-suspensiva-potestativa-pasado-institucion-modal-proposito-la-sts-118-2021-3-marzo-ecliests202185/>.

⁴³ Balbino otorgó testamento abierto en el año 2002, en el que, tras manifestar ser viudo, habiendo fallecido sus progenitores, careciendo de descendientes, testa «con arreglo a la siguiente cláusula única: Instituye herederos de todos sus bienes a D. Cecilio y a su esposa D.ª Florencia, con sustitución vulgar a favor de sus descendientes. Impone a estos herederos la condición de atender al cuidado y asistencia del testador hasta su fallecimiento, aunque no conviva con los mismos, y la obligación de sufragar los gastos de su entierro y funerales». El testador no comunicó a nadie quiénes eran sus herederos, ni la condición impuesta.

⁴⁴ Tuvo en cuenta las declaraciones de la trabajadora social, que explicó la atención continuada requerida por el testador y por lo que se valoró el ingreso en una residencia, abonada con los ingresos del testador.

⁴⁵ La Audiencia provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por los demandantes y confirma la sentencia de primera instancia. La Audiencia tiene en cuenta para ello una idea que el juzgado expresó de manera más explícita: que la sustitución vulgar se hizo a favor de los descendientes de los instituidos y no se quiso llamar a los sobrinos.

haber ingresado en una residencia, en la que estaba contento y recibía los continuos cuidados requeridos por sus enfermedades. Al entenderlo así, el Tribunal Supremo concluye que la sentencia recurrida no infringe la regulación sobre interpretación del testamento ni tampoco el régimen legal de la institución de heredero bajo condición ni la de la institución modal, tal como han sido aplicadas por la jurisprudencia dictada por la sala y, en consecuencia, todos los motivos del recurso de casación deben ser desestimados.

Al respecto de estas disposiciones, ordenadas a favor del cuidador, merece especial mención la regulación novedosa de la Ley de Derecho civil de Galicia, en los artículos 203 y 204, que no conoce en el Derecho estatal un precedente similar. Desde la perspectiva notarial, resulta de mucho interés la opinión de ESPINOSA DE SOTO, que estudia cómo legislador gallego dedica a este tipo de disposiciones ordenadas a favor del cuidador los artículos 203 y 204 LDCG. Recuerda el notario que a pesar de que no ha merecido en el pasado la atención del legislador, la realidad social en Galicia ha mantenido de forma insistente el interés de muchas personas de vincular su disposición testamentaria a la condición de cuidar, observa que el caso más frecuente es el siguiente: el ascendiente elige a uno de sus parientes a quien le hace una mejora amplia si tiene legitimarios o incluso le instituye heredero si no los tiene, bajo la condición de cuidar; pero, a veces, lo que quieren es hacer la disposición indeterminadamente a favor de quien finalmente cumpla la condición: «es lo que se conoce como el *testamento a quien me cuide*». En cuanto al tipo de condición o disposición modal, el autor admite que este tipo de disposiciones estén sometidas a una condición, suspensiva o bien resolutoria o a un modo y puntualiza, al distinguir entre disposiciones ordenadas a favor de quien cuide al testador, de las dispuestas a favor de quien cuide a otras personas. Así, señala que cuando se trata de cuidar al testador, la condición nunca puede ser resolutoria, sino que siempre es por definición suspensiva; y suspensiva en teoría, ya que los efectos de la institución o del legado, cuando han de producirse, no quedan suspendidos; conforme al régimen del artículo 795.2.º CC, la condición se ha cumplido o no y esto puede constatarse en el momento de abrirse la sucesión. Por el contrario, cuando se trata de cuidar a otras personas la condición puede tener que cumplirse también después de la apertura de la sucesión y esta es la que plantea el problema de su calificación como suspensiva o resolutoria, ya que sus efectos serán muy diferentes. Si es suspensiva el heredero o legatario condicionales no pueden adquirir la herencia, que conforme al artículo 801 CC, ha de ponerse en administración. Si, por el contrario, es resolutoria, el llamado podrá aceptar la herencia y adquirir los bienes, pero los perderá si se cumple la condición de que no se cumpla la obligación de cuidar. Este último supuesto es el que más fácilmente se confunde en la práctica con el modo a que se refiere el artículo 797 CC, con efectos muy similares a los de la condición resolutoria⁴⁶. Obviamente, como precisa el notario, el testador puede configurar la disposición por la cual impone a un heredero o legatario la obligación de cuidar a una tercera persona después de la apertura de la sucesión de cualquiera de las tres formas: como condición suspensiva, como condición resolutoria o como modo⁴⁷.

En tal sentido, la STSJ Galicia 113/2009, Civil y Penal, de 15 de septiembre de 2009⁴⁸, recuerda que el caso resuelto «revela una práctica notarial del rural gallego en la que encuentran acomodo las disposiciones testamentarias (por lo general de los mayores), a favor de algún pariente bajo la condición o modo de que este cuide y asista al testador o a otra u otras personas». Práctica notarial, pues, de disposiciones testamentarias favorecedoras de personas determinadas, que se diferencia de las disposiciones hechas indeterminadamente, esto es, a favor de quien cuide al

⁴⁶ El Derecho civil catalán excluye, por su parte, la condición resolutoria en la institución de heredero, reminiscencia del principio sucesorio todavía vigente *semel heres semper heres* (art. 423-12 CCCat).

⁴⁷ ESPINOSA DE SOTO, «Comentario a los artículos 203 y 204 de la Ley de Derecho civil de Galicia», en REBOLLEDO VARELA (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, en especial, pp. 871, 878 y 879.

⁴⁸ ECLI:ES:TSJGAL:2009:12245.

testador, según expresión que se corresponde con la popular «facérllle testamento a quen mire polo testador», del innovador artículo 203.2 LDCG; «pero práctica notarial y no norma consuetudinaria, la de las disposiciones testamentarias favorecedoras de persona o personas determinadas bajo la condición o modo de cuidar y asistir al testador o a otras personas», cuya validez venía haciéndose derivar respectivamente del artículo 795.2.º CC y del artículo 797 CC, sin que ofrezca duda que el primero de los citados artículos consiste en admitir la validez de la condición «puramente potestativa» impuesta al heredero o legatario de cuidar al testador, condición que además es suspensiva y no resolutoria, al consistir en hechos pasados y tener necesariamente que cumplirse o no antes de que el testamento despliegue su eficacia o, mejor, antes de la apertura de la sucesión. Aclara el tribunal que el artículo 204 LDCG lo único que en realidad incorpora *ex novo* es la atribución de una facultad al albacea de apreciar el cumplimiento o incumplimiento de la condición (resolutoria), es decir, de la condición que se ha impuesto con carácter resolutorio al heredero o legatario de cuidar a una tercera persona (por ejemplo, al cónyuge del testador, a sus ascendientes o descendientes) después de la apertura de la sucesión, supuesto no equiparable al que se resolvía en el caso de autos, en el que la obligación de cuidar se concibe como una condición que se cumple o no se cumple en vida de la testadora, pero no después.

No cabe duda de la importancia que en este tipo de disposiciones tiene la actividad probatoria para resolver quién efectivamente ha prestado los cuidados, por eso no extraña que los artículos 203 y 204 LDCG prevean que el testador designe un albacea (*testamenteiro*) para que aprecie el cumplimiento o incumplimiento de la condición⁴⁹. Todo sin perjuicio de los medios probatorios habituales. Así, fueron decisivas las declaraciones testificales practicadas en el caso resuelto por la STSJ Galicia 33/2020, Civil y Penal, de 1 de diciembre⁵⁰. En el caso enjuiciado, en el ejercicio de la acción de ineficacia del legado por incumplimiento de condición, ejercitada por los cuatro hermanos demandantes, se pretendía que, tanto estos cuatro como los otros tres demandados, fueran considerados herederos a partes iguales habida cuenta de que todos habían cuidado a sus padres y ninguno de ellos cumplía la condición en su conjunto impuesta por los progenitores en sus testamentos referida a que legaban al hijo o hijos que los asistieran, viviendo en su compañía, hasta el fallecimiento del último de ambos padres, los tercios de libre disposición y de mejora de sus herencias. El demandado Blas se opuso a tal pretensión afirmando que fue él quien cuidó de sus padres y quien convivió con ellos hasta el momento del fallecimiento de ambos por lo que, cumpliendo él la condición, deben los legados instituidos por sus padres ser respetados y atribuidos a su persona⁵¹. Y en sentido favorable a Blas se pronuncia la sentencia de primera instancia, pero, también la de segunda instancia cuando, valorando la totalidad de la prueba practicada, concluye que el cuidado diario de sus padres con dedicación y convivencia fue realizado por Blas cumpliendo así las dos condiciones fijadas por los testadores⁵². Finalmente, el

⁴⁹ Interesa destacar, en aplicación del artículo 203.2 LDCG —que dispone que «si el testador designara testamentero [albacea], corresponderá a este la facultad de apreciar el cumplimiento o incumplimiento de la condición resolutoria», la SAP A Coruña, Sección 5.ª, 207/2022, 28 junio (ECLI:ES:APC:2022:1714). En la resolución del caso, fue determinante la interpretación de la contadora partidora acerca del cumplimiento de la cláusula testamentaria. Contadora partidora nombrada por la testadora, «con amplias facultades, entre ellas la de interpretar el testamento y apreciar el cumplimiento de las condiciones impuestas en el mismo», pues bien, la contadora partidora, en escritura pública, manifestó que «la condición de cuidar y asistir a la causante» fue cumplida por sus sobrinas, estimando que ambas han de ser consideradas herederas por mitad e iguales partes. Admite el Tribunal el «Valor privilegiado y complementario del testamento que ha de reconocerse a la intervención del testamentero o albacea» (FD Primero).

⁵⁰ ECLI:ES:TSJGAL:2020:6718.

⁵¹ Que fue Blas quien se encargó del cuidado y atención de sus padres conviviendo con ellos hasta que uno falleció en 1988 y otro en 2015 lo corrobora su hermana Joaquina, así como, su hermano Álvaro, quien también se encargó del cuidado de los progenitores de ambos hasta que este se marchó a vivir fuera de España.

⁵² Se valoran en la sentencia de modo exhaustivo las declaraciones testificales practicadas y, en especial, las de los vecinos y, en concreto, la de Celestina quien vendía productos comestibles en una tienda y certificaba que Blas

TSJ Galicia, acuerda la desestimación del recurso de casación planteado y la confirmación de la sentencia de segunda instancia⁵³. Aunque se había apelado a los artículos 203.2.º y 204 LDCG señala el Tribunal que el artículo 204 DCG no es de aplicación al caso enjuiciado en el que se ha descartado el carácter condicional de la disposición testamentaria y al tiempo se considera como modo, e incluso aunque tuviésemos como condición no desaparecería la irrelevancia del precepto, cuyo alcance verdaderamente normativo se reduce a la hipótesis —que es la de su segundo inciso— de que la condición sea resolutoria, pero no suspensiva, como es la del caso; alcance normativo del que en rigor carece su primer inciso en la medida en que se simplemente reitera la validez de las disposiciones testamentarias hechas bajo condición, ya sean suspensivas ya sean resolutorias (arts. 790 ss. del CC), y en particular la de las relativas a cuidar y asistir a una serie de personas (al testador, sus ascendientes, descendientes o cónyuge), explícitamente reconocidas por el legislador de la LDCG/2006. Además, se indica por el Tribunal que, si bien la recurrente cita como infringidos los artículos 203 y 204 de la Ley de Derecho Civil «la invocación de los mentados preceptos [es] artificiosa y a los solos fines de tener acceso a la casación autonómica» para que se realice, como antes se ha constatado, una nueva valoración de la prueba debiendo el recurso haber sido inadmitido lo que, sin embargo, y en este momento procesal, conlleva a su desestimación (FD Tercero).

Ahora bien, esta suerte de disposiciones *mortis causa* a favor de las personas cuidadoras que presten apoyo, podrían, *prima facie*, encontrar un obstáculo en el artículo 753 CC⁵⁴, en concreto, cuando en el párrafo primero dispone que «Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria en favor de quien sea tutor o curador representativo del testador, salvo cuando se haya hecho después de la extinción de la tutela o curatela»⁵⁵. Ahora bien, la prohibición no alcanzaría al curador que no ejerciese funciones de representación, que será lo habitual, ya que solo actuará con funciones representativas excepcionalmente (ex art. 249.3.º CC). Además, generalmente, los cuidados se prestarán en familia, por quien sería considerado un apoyo informal: el guardador de hecho, así que procede observar como la incapacidad relativa que dispone este precepto se refiere únicamente al tutor y al curador *representativos* y no al guardador de hecho —ni al defensor judicial—; por lo demás, nunca podría hacerse una interpretación extensiva de la

pedía la carne blanda para su madre con quien siempre convivió según, también, acreditación del Ayuntamiento de Burela dando fe de que Blas vivió al menos 50 años en el domicilio sus padres y hasta el mismo momento del fallecimiento de ambos.

⁵³ La sentencia afirma, en este mismo sentido, que la declaración de Celestina acredita el cuidado por parte de Blas de su madre así como el testimonio del resto de vecinos que califica como de «reveladores» destacando el testimonio del hermano codemandado Álvaro reconociendo que era Blas, a la vez que él mismo, quien se encargaba del cuidado de su padre cuando enfermó hasta el punto de dejar su trabajo en el mar considerando este testimonio como «esclarecedor» lo cual corrobora la hermana codemandada Joaquina, indicando la sentencia objeto de impugnación que el hecho de que otros hermanos acompañaran en dos ocasiones al padre en la ambulancia no implica el cuidado que su estado requería.

⁵⁴ Al comentar este precepto, DÍAZ MARTÍNEZ, dedica un apartado de su estudio, precisamente, a la aplicabilidad del artículo 753 CC rigiendo la sucesión un Derecho civil autonómico, con especial referencia al Derecho civil de Galicia (en particular, pp. 945-948), y considera, opinión que comparto, que no plantea dudas el admitir que rigiendo la sucesión *mortis causa* un Derecho civil autonómico que no contenga normativa propia al respecto, será de aplicación supletoria el artículo 753 CC. DÍAZ MARTÍNEZ, «Incapacidad para heredar» (Capítulo 32), en LLEDÓ YAGÜE/FERRER VANRRELL/EGUSQUIZA BALMASEDA/LÓPEZ SIMÓ (dirs.), *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*, Fundación Notariado, Dykinson, Madrid, 2022, p. 945. Por su parte, el Código civil de Cataluña, al regular las inhabilidades para suceder, dispone en su artículo 412-5.2 que «Las personas físicas o jurídicas y los cuidadores que dependen de las mismas que hayan prestado servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga al causante, en virtud de una relación contractual, solo pueden ser favorecidos en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto o en pacto sucesorio».

⁵⁵ Advértase que en el apartado anterior de este estudio se recuerda la prohibición de recibir liberalidades por parte de la persona que actúa en función de apoyo de persona con discapacidad (ex art. 251 CC).

norma, en esencia, por tratarse de una disposición limitativa de derechos, que deberá interpretarse de forma restrictiva⁵⁶. Otra cuestión, que no es baladí, es la de observar que en el presente estudio me ocupó no solo de las personas con discapacidad, sino también de las personas vulnerables, que pueden necesitar cuidados pero no apoyos, así que correspondería tomar en consideración el artículo 753 CC, cuando, en el párrafo tercero, dispone que «Las demás personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales, o de naturaleza análoga al causante, solo podrán ser favorecidas en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto» y en el párrafo cuarto declara que «Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas en favor del tutor, curador o cuidador que, sea pariente con derecho a suceder *ab intestato*». Así pues, el cuidador/asistente, no está incurso en supuesto de incapacidad relativa para suceder, simplemente, se requeriría que la disposición se ordenase en testamento notarial abierto (art. 753.3.º CC); y serán válidas las disposiciones a favor del curador, guardador de hecho o de cualquier cuidador que tenga la condición de heredero legal o abintestato (art. 753.4.º CC), lo que, con toda probabilidad, ocurrirá habitualmente, porque el cuidador será generalmente un familiar que estará entre los posibles llamados a la sucesión legal o abintestato, llamamiento que llega, como es sabido hasta el cuarto grado: primos hermanos (art. 954 CC)⁵⁷.

3.4. El alcance de la interpretación testamentaria para averiguar el cumplimiento o incumplimiento de la condición o del modo o carga de cuidar y para dilucidar si se trata de una institución modal o de un legado

La jurisprudencia no es ajena al reconocimiento de la conflictividad que se produce con ocasión de disposiciones *mortis causa* con carga o condición de cuidar, en este sentido, destaco las observaciones de la STS 316/2018, Civil (Pleno), de 30 de mayo⁵⁸, al considerar que «la cuestión de la calificación jurídica de esta obligación [de cuidado y asistencia] en el marco de la voluntad testamentaria, cuya utilización suele ser típica en numerosos testamentos, es una cuestión compleja y controvertida». Admite el Tribunal que, sin duda, la complejidad de la calificación jurídica responde a la deficiente regulación de nuestro Código Civil sobre esta materia y recuerda que a la ausencia de regulación de la carga modal en la sucesión testamentaria se suma la incompleta regulación de la condición suspensiva en las disposiciones testamentarias (arts. 790 ss. CC)⁵⁹, así como el peculiar contenido condicional de la obligación impuesta, de carácter potestativo para el favorecido y de realización o cumplimiento en vida del testador, por lo que

⁵⁶ En tal sentido, ya la STS, Sala 1.ª de lo Civil, de 16 de noviembre de 1918 (ECLI:ES:TS:1918:665) declaró al referirse a las incapacidades relativas señaladas en los artículos 753 y 1459 CC que «No pueden reconocerse más incapacidades que las que la ley expresamente determina, sin que puedan extenderse a otros supuestos que no permite la naturaleza prohibitiva de aquellos preceptos» (Considerando Tercero) y la STS 231/2016, Sala 1.ª de lo Civil, de 8 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1428) señala que «[...] no se debe olvidar que las causas de inhabilidad no dejan de ser restricciones de derechos y que, por ello, deben ser interpretadas de forma restrictiva» (FD Primero).

⁵⁷ Véase, con similar *ratio legis*, el artículo 412-5.1. d) del Libro Cuarto del CC de Cataluña y el artículo 475.1.d) del Código del Derecho Foral de Aragón. En estos casos, se dice que la relación familiar prevalece sobre las cautelas frente a la captación de voluntad. Entiendo que, aunque el Código civil no incluye a la pareja de hecho entre los llamados a suceder abintestato, en aquellas legislaciones, como la Ley de Derecho Civil de Galicia que equipara a la pareja de hecho al matrimonio, en los términos previstos por su Disposición Adicional Tercera, la prohibición de suceder tampoco alcanzaría a la pareja de hecho, que sí puede suceder abintestato. Ampliamente, MESA MARRERO, «Comentario al artículo 753 del Código civil», en GARCÍA RUBIO y MORO ALMARAZ (dirs.) y VARELA CASTRO (coord.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2022, pp. 539-544.

⁵⁸ ECLI:ES:TS:2018:1918.

⁵⁹ Comparto la opinión de VAQUER ALOY al considerar que el que el testador pueda imponer condiciones en sus disposiciones testamentarias, es «una concreción más de la libertad de testar». VAQUER ALOY, «Libertad de testar y condiciones testamentarias», *InDret*, 2015/3 (www.indret.com). *In extenso*, sobre esta cuestión, TORRES GARCÍA y GARCÍA RUBIO, *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, *passim*.

solo tangencialmente viene contemplada en el seno de la obligación condicional (art. 795 CC), por consiguiente, concluye que no resulta extraño que la cuestión planteada haya tenido, y tenga, un carácter controvertido tanto para la doctrina científica, como para la doctrina jurisprudencial, tal y como resulta demostrativa la «dispar calificación» que, con frecuencia se otorga a disposiciones *mortis causa* que incorporan los cuidados y asistencia (FD Tercero)⁶⁰.

La Sala Primera del Tribunal Supremo se ha ocupado de supuestos subordinados a la condición o, en su caso, al modo de cuidado y asistencia, en los que, tras el fallecimiento del testador, se ha discutido la eficacia de la institución hereditaria, un recorrido por tal doctrina lo proporciona la STS 118/2021, Sala 1.ª de lo Civil, de 3 de marzo⁶¹. El análisis de estas resoluciones muestra cómo, bien bajo la calificación de condición suspensiva potestativa de pasado⁶², bien bajo la calificación de institución modal, en cada caso se ha adoptado la solución que resultaba más conforme con lo querido por el testador. Los casos más frecuentes, formulados por medio de hipótesis, podrían aglutinarse en las siguientes: 1.ª) no se ha apreciado el incumplimiento del instituido: porque no conocía la condición de cuidar a la testadora, quien cambió de domicilio, haciendo imposible el cumplimiento, pero sin cambiar la institución a favor de quien la cuidó mientras ella quiso⁶³. Y el cumplimiento de la condición por el instituido debe ser una vez enterado de ella (art. 795 CC) y, además, cuando se impide el cumplimiento, sin culpa o hecho propio del heredero o legatario, se considerará cumplida la condición (art. 798.2.º CC) —STS, Sala 1.ª de lo Civil, de 9 de mayo de 1990⁶⁴—; 2.ª) se entiende cumplida la condición porque la institución de heredero estaba sometida a la condición de atender y asistir a la testadora «en caso de enfermedad o necesidad», dándose la inexistencia de necesidad de la causante antes de su muerte (art. 675 CC) —STS 768/2009, Sala 1.ª de lo Civil, de 3 de diciembre⁶⁵—; 3.ª) cláusula testamentaria en la que se

⁶⁰ En tal sentido, por ejemplo, la STS 13/2003, Sala 1.ª de lo Civil, de 21 de enero (ECLI:ES:TS:2003:223) y la STS 557/2011, Sala 1.ª de lo Civil, de 18 de julio (ECLI:ES:TS:2011:4881). Al comentar la STS 316/2018, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, comparte la opinión de la Sala de la conveniencia de fijar criterios para calificar jurídicamente la obligación de cuidados a la testadora y coincide en que esa calificación debe hacerse desde la interpretación del testamento, «tanto en la búsqueda de la voluntad realmente querida como en la decalración formal»; sin embargo, reconoce que le genera dudas la calificación de la obligación como condición suspensiva. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, «Institución de heredera con la obligación de cuidar a la testadora hasta su fallecimiento: ¿Condición suspensiva o carga modal? Comentario a la STS de 30 de mayo de 2018 (RJ 2018, 2314)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 109, 2019, pp. 259 y 260.

⁶¹ ECLI:ES:TS:2021:858.

⁶² Como señala la STS 118/2021, Sala 1.ª de lo Civil, de 3 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:858): cuando la voluntad del testador haya sido supeditar la eficacia de la institución al cumplimiento de la «condición» de cuidarle, solo impropriadamente puede hablarse de institución bajo condición, porque como el cuidado solo se puede prestar antes del fallecimiento del testador no hay período de pendencia y el llamamiento será eficaz o ineficaz al abrirse la sucesión según se haya cumplido o no en vida del testador. De ahí que se hable de condición «de pasado» en las STS, Sala 1.ª de lo Civil, de 9 de mayo de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:3635), 768/2009, Sala 1.ª de lo Civil, de 3 de diciembre (ECLI:ES:TS:2009:7217), 557/2011, Civil, de 18 de julio (ECLI:ES:TS:2011:4881) y 316/2018, Civil (Pleno), de 30 de mayo (ECLI:ES:TS:2018:1918). Lo explica muy bien la ya citada STS 9 mayo 1990: «Su lectura [de la condición testamentaria] revela que se trata de condición suspensiva, que impide adquirir el derecho si no se cumple, y que consiste en hechos pasados, puesto que han de tener existencia antes de que el testamento despliegue su eficacia. Además, es potestativa, puesto que su cumplimiento depende de la voluntad de la persona del favorecido bajo condición (también de la voluntad de la causante). Así pues, siendo potestativa y de hechos pasados, naturalmente ha de conocerla el obligado a cumplirla para que su voluntad pueda determinar el cumplimiento».

⁶³ Afirma la sentencia, como *obiter dicta*, que «de haber querido la causante que perdiera eficacia [la disposición] habría revocado el testamento con otro posterior». De ahí que concluya con unas relevantes afirmaciones: «Es la correcta conclusión, la obtenida por las sentencias de instancia, acorde con la doctrina tradicional, con la declaración testamentaria en la que se advierte concordancia entre la voluntad expresa de la testadora y con la voluntad tácita que se desprende del mantenimiento del testamento. También con los hechos probados e indiscutidos de que el nieto cuidó de la abuela mientras esta quiso».

⁶⁴ ECLI:ES:TS:1990:3635.

⁶⁵ ECLI:ES:TS:2009:7217.

establece la condición de que los sobrinos se hagan cargo de la tía causante, sobrinos que están dispuestos a acoger a su tía, pero impide esta solución la propia demandante (hermana de la causante), al haber ingresado a su hermana en una residencia para su mejor cuidado y haciendo así que la condición devenga de cumplimiento imposible (art. 798.2.º CC) —STS 557/2011, Sala 1.ª de lo Civil, de 18 de julio⁶⁶—; 4.ª) por el contrario, cuando, al amparo del artículo 797 CC, se ha considerado que la institución era con «obligación modal», por ser esa la expresión consignada en el testamento (y referida tanto al cuidado de la testadora como de su esposo), el examen de las circunstancias concurrentes ha permitido valorar que hubo un cumplimiento alternativo del modo en los términos más análogos y conformes con la voluntad de la testadora, de acuerdo con lo previsto en el artículo 798.1 CC —STS 13/2003, Sala 1.ª de lo Civil, de 21 de enero⁶⁷—, STS 13/2003 que tuvo en cuenta que el instituido, que por razones de trabajo se marchó a vivir fuera, se preocupaba de sus padres mientras residía en el pueblo en vacaciones e indirectamente cuando no estaba a través de la persona que les cuidaba; que ni la madre —que no revocó el último testamento tras la marcha del pueblo del favorecido—, ni tras su muerte el padre o los hermanos le requirieron para que regresara a vivir al pueblo; y que no instaron la resolución de la mejora y el legado por incumplimiento del modo mientras el padre vivió⁶⁸. Solo cuando la interpretación del testamento permite concluir que la razón decisiva y determinante del otorgamiento de la institución era que la llamada como heredera cuidara y asistiera a la testadora hasta su fallecimiento, y no lo hizo, se ha declarado la ineficacia de la institución —STS 316/2018, Civil (Pleno), de 30 de mayo⁶⁹—, en la que la condición vertebraba la eficacia de la institución y, en su caso, de la sustitución vulgar prevista; la instituida heredera, con cabal conocimiento de la disposición testamentaria, que se refería al cuidado hasta el fallecimiento de la testadora, no tuvo reparo en suscribir, con asistencia letrada, un documento de liquidación de los gastos ocasionados durante el tiempo que prestó la asistencia. En definitiva, de acuerdo con la jurisprudencia de la sala, debe estarse en cada caso a la averiguación de la voluntad real del testador.

En especial, no puede obviarse en un estudio de esta índole, en el que se otorga singular relevancia a la interpretación testamentaria, el problema que puede surgir ante la duda de si lo dispuesto en el testamento es una institución modal o un legado. Pues bien, la doctrina ha centrado la distinción entre el modo testamentario y el legado, en síntesis, en la accesoriedad del modo frente a la autonomía del legado⁷⁰. Tampoco, ni los tribunales ni la Dirección General de

⁶⁶ ECLI:ES:TS:2011:4881.

⁶⁷ ECLI:ES:TS:2003:223.

⁶⁸ El caso enjuiciado constituye un ejemplo más de la frecuencia con la que se subordina la institución de heredero o legatario no solo a la obligación de cuidados al disponente, sino también a la convivencia con él. VAQUER ALOY realiza un estudio pormenorizado en torno a las cláusulas que incorporan este tipo de condiciones, que pueden comprometer, por ejemplo, la libertad de residencia (ex art. 19 CE) del heredero o del legatario, si bien observa como en estos casos no se plantea la licitud o ilicitud de la condición, sino que el tema de debate ha sido si la condición ha sido cumplida o no. VAQUER ALOY, «Libertad de testar y condiciones testamentarias», *InDret*, 2015/3 (www.indret.com). Con referencia a este tipo de condiciones de imponer la residencia en un determinado lugar, la STS 118/2021, Sala 1.ª de lo Civil, de 3 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:858), consideró que no existe un debate sobre la licitud de este tipo de cláusulas que incorporan condiciones o cargas de cuidado, «ni siquiera cuando se impone al beneficiario la convivencia o residencia en determinado lugar, pues el testador puede vincular el derecho a recibir una liberalidad que depende de su sola voluntad con la prestación de asistencia que pueda precisar por razón de enfermedad o de ancianidad» (FD Segundo).

⁶⁹ ECLI:ES:TS:2018:1918.

⁷⁰ En este sentido se pronunció TORRALBA SORIANO, que considera que el modo no implica como el legado una sucesión directa del difunto, «que mientras el legatario es un habiente causa del disponente, el beneficiario del modo lo es del gravado. Parece, por tanto, que el modo sea un beneficio indirecto, una carga accesoria de la institución de heredero o del legado», aun así, reconoce que «la distinción es muy difícil», por eso, concede especial relevancia al valor que tiene la voluntad del testador al respecto y concluye con esta clarificadora observación: habrá que examinar la voluntad del testador caso por caso, tratando de determinar si quiso establecer

los Registros y del Notariado han permanecido al margen del análisis de este supuesto⁷¹. Seguramente, uno de los fallos más reiterados al respecto de tal cuestión, por la Sala primera del Tribunal Supremo ha sido la STS, Sala 1.ª de lo Civil, de 4 de junio de 1965⁷², al disponer que «la institución modal es aquella en que el testador impone al heredero instituido o al legatario designado la obligación de hacer u omitir algo para una finalidad determinada, pudiendo consistir en una carga real o meramente personal, pero sin atribuir a un tercero el derecho a exigir para sí la prestación pues en este supuesto se estaría ante un legado» (Considerando Primero)⁷³. Ahora bien, cumple aclarar este fallo, con la precisión que realiza al respecto la STS 13/2003, 21 enero⁷⁴, al reconocer que ciertamente la STS 4 junio 1965⁷⁵, declaró que la institución modal no atribuía a un tercero el derecho a exigir la prestación a cargo del favorecido, pero aclarando que «para sí», como reiteró la STS 28 mayo 1994⁷⁶, de ahí que «no quepa limitar la legitimación para exigir el cumplimiento del modo tan sólo al directamente beneficiado por el mismo, pues en cuanto deber jurídico que es también ha de reconocerse tal legitimación, como propone la doctrina científica, a los albaceas o herederos, en cuanto interesados y encargados de velar por el cumplimiento de la voluntad del testador, y a los que se beneficiarían de su incumplimiento por pasar entonces a ellos los bienes» (FD Cuarto).

El Centro Directivo tampoco se ha mantenido al margen del debate, así, en la conocida RDGRN 1/2005, 19 mayo⁷⁷, se ocupó de la distinción entre la disposición modal a favor de tercero del legado. La Dirección General trata de determinar si estamos en presencia de un verdadero legado (de cosa determinada propia del testador), o, si por el contrario, nos encontramos ante una disposición de carácter modal y niega que en el caso resuelto se esté ante un legado, en síntesis, porque es esencial en el legado la existencia de una delación (expresión que, en sentido técnico, solo es utilizable cuando se habla de herencia y de legado, art. 660 del CC) a favor del favorecido; delación, por cierto, que, en el caso que nos ocupa no tiene lugar, toda vez que no se ofrece al favorecido la posibilidad de adquirir inmediatamente la atribución ordenada en su favor, algo que sería evidente si se tratara de un legado de cosa determinada. Así, considera que la disposición cuestionada, encaja mucho mejor en la disciplina y operativa de las disposiciones modales –que obligan pero que no suspenden la adquisición, según expresión ya consagrada; ni mucho menos la inscripción en favor de los herederos– y cuya verdadera esencia se resume en la idea de constituir atribuciones patrimoniales indirectas, las cuales no suponen delaciones –ni vocaciones– sucesorias; idea –o naturaleza si se prefiere– de atribución patrimonial indirecta.

el gravamen directamente sobre los propios bienes hereditarios, aunque encargando su cumplimiento a un heredero o legatario, o si por el contrario, quiso imponer un gravamen accesorio sobre las personas beneficiadas con la institución o legado y en tanto en cuanto que han sido enriquecidas a través de la disposición principal; en el primer caso, se trataría de legado, en el segundo de modo. TORRALBA SORIANO, *El modo en el Derecho civil*, Caja de Ahorros del Sureste de España, Alicante, 1966, en especial, sobre la distinción entre modo testamentario y legado, pp. 184-195. Para MONTÉS PENADÉS, «el legado es siempre una carga o gravamen de la herencia, mientras que la obligación modal siempre es una carga del heredero o del legatario gravado», MONTÉS PENADÉS, «El modo testamentario y las prohibiciones de disponer», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Teijeiro*, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, 1974, p. 47. Esa cercanía entre la disposición modal y el legado ya se observó por CICU, al reconocer que cuando el interés del modo afecta a una persona determinada, «nos aproximamos sensiblemente a la figura del legado», CICU, *El testamento* –Traducción y notas al Derecho español por Manuel Fairén Martínez–, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 293.

⁷¹ El CC de Cataluña –Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro Cuarto, relativo a las sucesiones– distingue el modo (art. 428-1.1) del legado u otra disposición por causa de muerte (art. 428-1.2).

⁷² ECLI:ES:TS:1965:924.

⁷³ ECLI:ES:TS:1965:924. Fallo reiterado, entre otras, por la STS 497/1994, Sala 1.ª de lo Civil, de 28 de mayo (ECLI:ES:TS:1994:4168).

⁷⁴ ECLI:ES:TS:2003:223.

⁷⁵ ECLI:ES:TS:1965:924.

⁷⁶ ECLI:ES:TS:1994:4168.

⁷⁷ RJ 2005\5615.

Además, aclara que la conducta propia de la disposición modal se enmarca, plenamente, en el campo del objeto de las obligaciones (de dar, de hacer o de no hacer) y concluye con esta relevante apreciación: «En suma, nos moveríamos en el campo de lo obligacional (en las antípodas de la esencial naturaleza de legado *per vindicationem* predicable del legado de cosa propia del testador), algo que, por consiguiente, no impediría la inscripción a favor de los herederos» (FD Cuarto)⁷⁸.

Por otra parte, repárese en que un estudio sistemático de la jurisprudencia civil recaída en las resoluciones de casos que incorporan cláusulas especialmente conflictivas que incluyen la carga o condición de cuidar nos lleva a la apreciación, de dos peculiaridades habituales en los supuestos resueltos, a saber, por una parte, la flexibilidad con la que proceden los Tribunales en la apreciación del cumplimiento de la condición o, en su caso, del modo y, por otra parte, la frecuencia con la que se recurre, como medio interpretativo, a la prueba extrínseca. Pues bien, se aúnan estas dos singularidades en el caso enjuiciado por la significativa STS 13/2003, Sala 1.^a de lo Civil, de 21 de enero⁷⁹. Por lo que atañe a la nota de la flexibilidad en la apreciación del cumplimiento, recuerda que: conforme al artículo 797.2.º CC, el modo no afecta a la institución, pues lo dejado de esta manera «puede pedirse desde luego»; además, reconoce que «la jurisprudencia de esta Sala muestra una gran flexibilidad a la hora de apreciar su cumplimiento, y también el de la condición suspensiva, atendiendo a las posibilidades del instituido» (STS, Sala 1.^a de lo Civil, de 9 de febrero 1948)⁸⁰ y al mantenimiento de la institución sin revocar el

⁷⁸ Obsérvese que no son pocos los casos en que, cuando menos, sorprende la interpretación dada por los tribunales a supuestos que aparentemente, por ejemplo, parecen más una institución modal que un legado, como por ejemplo, sucede en el caso resuelto por la STSJ Cataluña 30/1995, Civil y Penal, de 3 de noviembre (RJ 1995\9975), siendo la cláusula tercera del testamento del siguiente tenor «instituye heredera universal a su hija Rosa, con la obligación de cuidar y mantener tanto en salud como en enfermedad a su hermano Juan prestándole la asistencia precisa». Pues bien, a pesar de que aparentemente se trataba de una institución modal, se califica la figura como legado de alimentos. Adviértase que en disposiciones testamentarias que incluyen los cuidados y asistencia, la distinción suele ser entre una institución modal y un tipo concreto de legado, el de alimentos. Así ocurre en el caso analizado de la citada STSJ Cataluña 30/1995, pero también en el supuesto resuelto por la STS, Sala 1.^a de lo Civil, de 9 de junio de 1971 (ECLI:ES:TS:1971:1152), que, en el caso de autos rechaza la existencia de un legado de alimentos, «puesto que no existe la institución a título particular [...] —cuya regulación y efectos habrían de correr por los cauces de los arts. 858 y siguientes del CC—» y llega a la conclusión de que «se trata de una institución de heredero con cláusula modal que, como tal determinación accesoria de la voluntad del testador, distinta de la condición, permite el artículo 797 de nuestro primer Código sustantivo, en forma de carga o gravamen impuesto por aquel al heredero con fuerza vinculante» (Considerando Tercero).

⁷⁹ ECLI:ES:TS:2003:223. La cláusula conflictiva se contiene en el último testamento abierto de la causante, otorgado ante notario el 7 de octubre de 1964 y expresamente revocatorio de los anteriores. Así, tras ordenar en la cláusula primera que mejora a su hijo hoy demandado-recurrente, «mandándole en tal concepto el tercio destinado por la ley a ese fin», y legarle, además, «la mitad del otro tercio llamado de libre disposición de todo su caudal o haber, en propiedad», la testadora dispone, numerándola como segunda, la siguiente cláusula: «La mejora y el legado de la cláusula anterior los hace a su hijo Antonio, con la obligación modal de cuidar y asistir a la testadora y a su esposo, en cuanto precisen sanos o enfermos, y vivir en su compañía, en familia, ayudándoles, según costumbre, en los trabajos de la casa y laboreo de los bienes». Y a continuación, como cláusula tercera, en el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones instituye y nombra únicos y universales herederos, a partes iguales, a sus seis hijos, sustituyéndolos vulgarmente, incluso en la mejora y legado, por sus respectivos descendientes legítimos. La sentencia de primera instancia, razonando que el contenido de la referida cláusula era modal y no condicional, interpretando la voluntad de la testadora en función de sus otros dos testamentos anteriores y entendiendo que la testadora se había considerado suficientemente atendida por su hijo mejorado legatario, desestimó la demanda interpuesta contra este por sus hermanos. Formulado recurso de apelación por solamente uno de los demandantes, el tribunal de segunda instancia, razonando que el contenido de la cláusula segunda del testamento era el propio de una condición suspensiva potestativa de hechos pasados y entendiendo que el demandado la había incumplido por propia voluntad al alejarse del domicilio materno en Galicia para fijar su residencia en Cataluña, estimó en cambio la demanda y dejó sin efecto la mejora y el legado de la mitad del tercio de libre disposición ordenados a favor del demandado. El Tribunal Supremo anula la sentencia recurrida para, en su lugar, confirma la de primera instancia.

⁸⁰ ECLI:ES:TS:1948:1297.

testamento por otro posterior (STS, Sala 1.^a de lo Civil, de 9 de mayo 1990)⁸¹ o conjuntamente a las posibilidades del instituido y a la ausencia de petición o requerimiento alguno de cumplimiento (STS, Civil, de 10 de mayo de 1991)⁸² —FD Cuarto—.

Al respecto de la relevancia que se concede a la prueba extrínseca, en la resolución de litigios con cláusulas que incorporan la carga o la condición de cuidar, considerándose como medios extrínsecos de interpretación, datos como la no revocación del testamento, a pesar del incumplimiento⁸³, el no requerimiento para cumplir o el no instar la resolución del negocio ante la falta de cumplimiento, por ejemplo. Así, en la citada STS 13/2003, observa el Tribunal que la testadora no manifestó indicio alguno de revocar la mejora y el legado durante años pese a la segunda marcha del hoy recurrente de la casa familiar, tampoco tras la muerte de la testadora le requirió su padre viudo para que retornara al pueblo a vivir con él pese a sobrevivir a aquélla durante casi diecisiete años y, en fin, los hermanos del recurrente ni le requirieron tampoco para que regresara a vivir con su padre ni instaron la resolución de la mejora y el legado por incumplimiento del modo mientras su padre vivió sino que, por el contrario, esperaron a que este muriera para, solo entonces, pedir la «ineficacia» de aquellas disposiciones por incumplimiento de la obligación impuesta al demandado, razones que conducen al Tribunal a considerar que «se dio el cumplimiento alternativo del modo en los términos más análogos y conformes a la voluntad de la testadora, como prevé el citado artículo 798 CC» y atinadamente entendió la juzgadora del primer grado (FD Cuarto)⁸⁴. En fin, esta STS 13/2003 puede ser considerada como un modelo de claridad y, por ende, de cortesía jurisprudencial y por proporcionar la ocasión idónea para averiguar cuándo se entiende configurada la disposición como modal y no condicional, al recurrir a diversos instrumentos, a saber: la interpretación de las palabras del causante en el sentido literal (ex art. 675 CC); además, ante notario «y por tanto sin poder desconocerse la función de este en relación con la expresión de la voluntad de la testadora, se omite el término “condición” y, en cambio, se consigna expresamente el concepto de “obligación modal”», consideración que estimo como una aspiración ambiciosa, ya que, efectivamente, el notario debería proceder con precisión a la hora de redactar este tipo de cláusulas especialmente conflictivas⁸⁵; también se concede relevancia a la prueba extrínseca, representada por los dos testamentos anteriores, que supeditan claramente mejora y legado a una condición (y no a modo); asimismo, se apela a la presunción favorable al modo y no a la condición (ex art. 797 CC), sin perjuicio de no descuidar la conducta de la testadora posterior al testamento, que mantuvo el testamento litigioso sin revocarlo (FD Tercero).

⁸¹ ECLI:ES:TS:1990:3635.

⁸² ECLI:ES:TS:1991:2438.

⁸³ El Tribunal Supremo en la STS, Sala 1.^a de lo Civil, de 9 de mayo de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:3635), al considerar cumplida la condición de cuidado y asistencia y al valorar la no revocación del testamento por la testadora, ya que de haber querido la causante que perdiera eficacia habría revocado el testamento con otro posterior, realiza esta importante consideración «se advierte concordancia entre la voluntad expresa de la testadora con la voluntad tácita que se desprende del mantenimiento del testamento» (FD Tercero).

⁸⁴ Ahora bien, si la no revocación del testamento por incumplimiento de la carga o la condición de cuidar, se considera como prueba extrínseca para estimar que la voluntad del testador es el mantenimiento de la institución, se encuentra algún fallo, aislado, en el que la no revocación del testamento no impidió la ineficacia de la institución, como ocurre en el caso enjuiciado por la STS 316/2018, Civil (Pleno), de 30 de mayo (ECLI:ES:TS:2018:1918), que restó importancia al hecho de que la testadora, pese al incumplimiento de la condición, no revocase el testamento, «pues precisamente el carácter condicional de la obligación impuesta [de cuidado y asistencia a la testadora] le hacía confiar razonablemente en la ineficacia de la institución de heredera contemplada en su testamento» (FD Primero).

⁸⁵ De tal manera que el testamento no dejase lugar a dudas susceptibles después de necesidad de clarificación, de interpretación, especificando claramente que el testador sujeta la disposición a un modo testamentario «no a una condición», o viceversa; o que el testador no sujeta su atribución a una carga modal sino que dispone un legado de alimentos a favor de un tercero, y así sucesivamente; desde luego que este proceder requeriría una redacción del testamento supervisada minuciosamente por el notario.

De nuevo, reaparece el transcendental papel que juega la denominada prueba extrínseca, en la interpretación de este tipo de cláusulas, que incorporan la carga o el modo de cuidar, en la STS 118/2021, Sala 1.ª de lo Civil, de 3 de marzo⁸⁶, reconoce el Tribunal Supremo que según la doctrina jurisprudencial elaborada en torno al artículo 675 CC, la interpretación testamentaria debe atender a la búsqueda de la efectiva voluntad del testador y cuando a la vista del sentido gramatical de las cláusulas testamentarias surjan dudas sobre la verdadera voluntad declarada por el causante en su testamento, para ponerla de manifiesto y descubrirla, además del análisis de la literalidad del texto del testamento, puede acudir a la prueba extrínseca, es decir a otros medios ajenos al propio testamento, en particular a los actos del testador previos⁸⁷ o posteriores⁸⁸ al otorgamiento (FD Segundo) —STS 13/2003, de 21 de enero⁸⁹ y 547/2009, de 28 de julio⁹⁰, entre otras—. Como observa atinadamente SALVADOR CODERCH, «La prueba extrínseca no es ningún *último recurso*. Antes bien, es un elemento más a ponderar por los tribunales en la apreciación del sentido y alcance de las disposiciones testamentarias. [...]. Respeto al principio formal no significa marginación de la prueba extrínseca»⁹¹. Ya uno de los mejores estudiosos de la interpretación del testamento, el profesor JORDANO BAREA, al confrontar los artículos 675 y 773 CC, había afirmado que «[...] la verdadera teoría subjetivista [...] reclama imperiosamente la posibilidad de utilizar elementos extraños al puro contexto del documento para la determinación de la real voluntad del testador» y llega a la conclusión de que «el artículo 675 circunscribe el *objeto* (voluntad declarada), pero no los *materiales* (intrínsecos o extrínsecos) de la voluntad testamentaria, [...] sería incomprensible que la ley mandase atender ampliamente a la voluntad del testador para fijar las disposiciones más importantes del testamento (institución de heredero o designación de legatario), y que por otro lado vinculase al juez o al intérprete a no considerar cosa alguna fuera del contexto del testamento para interpretar las restantes disposiciones»⁹². Entre esas «restantes disposiciones» a las que se refiere JORDANO, podrían incluirse las llamadas *modalidades accesorias* en las disposiciones *mortis causa*, determinaciones accesorias de la voluntad testamentaria, es decir, cláusulas, como las analizadas en este trabajo, que subordinan la eficacia de la disposición a la condición o al modo de cuidado y asistencia al testador o a otras personas por él designadas. En fin, comparto las consideraciones en torno a la prueba extrínseca de VAQUER ALOY, que, al defender la ausencia de jerarquía entre los medios interpretativos, «incluida la prueba extrínseca», parte de que el artículo 675 CC no limita en ningún momento los medios interpretativos, «y sí establece diáfano que siempre debe prevalecer la verdadera

⁸⁶ ECLI:ES:TS:2021:858.

⁸⁷ Así, se han tomado en consideración para la interpretación del testamento actos previos de la testadora, en la STS 13/2003, Sala 1.ª de lo Civil, de 21 de enero (ECLI:ES:TS:2003: 223), cuando, para concluir que la disposición testamentaria litigiosa no era condicional sino modal, admite que «se investiga su voluntad acudiendo a circunstancias exteriores o extrínsecas al propio testamento tan significativas como sus dos testamentos anteriores, pues en éstos, en cambio, sí se supeditan muy claramente la mejora y el legado a una condición» (FD Tercero).

⁸⁸ Se acude a actos de la testadora posteriores al otorgamiento del testamento (prueba extrínseca) para resolver el caso enjuiciado, de nuevo, por la STS 13/2003, Sala 1.ª de lo Civil, de 21 de enero (ECLI:ES:TS:2003: 223), para concluir, al final, que se había dado cumplimiento alternativo del modo (ex art. 798 CC), apelando a que «la conducta de la testadora posterior al testamento interpretado autoriza igualmente la misma conclusión, porque mientras la primera marcha del demandado-recurrente del domicilio de sus padres determinó la inmediata revocación del testamento de 1955 que le favorecía, su segunda ausencia, en cambio, no produjo cambio alguno en la voluntad de la testadora, que mantuvo el testamento litigioso desde el año 1964 hasta su muerte casi doce años después» (FD Tercero).

⁸⁹ ECLI:ES:TS:2003:223.

⁹⁰ ECLI:ES:TS:2009:5810.

⁹¹ SALVADOR CODERCH, «Interpretación del testamento. Posibilidad de acudir a los medios de prueba extrínsecos de la voluntad testamentaria. Comentario a la STS de 26 de marzo de 1983», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1983, núm. 1 (enero-marzo), p. 295.

⁹² JORDANO BAREA, *Interpretación del testamento*, Barcelona, Bosch, 1958, en especial, pp. 47-55.

voluntad del testador sobre el texto de su declaración, por más que aquella, ni que sea del modo más imperfecto, deba tener reflejo en esta», por eso concluye que «Si el precepto no prioriza los medios interpretativos, menos legitimado está para hacerlo el intérprete»⁹³.

4. Pactos sucesorios con carga o condición de cuidado y atención a alguno de los otorgantes o a terceros

Otro instrumento sucesorio, además del testamento, apto para vehicular los cuidados, es el pacto sucesorio en aquellos Derechos civiles en los que la sucesión también pueda deferirse por pacto, a pesar de la prohibición que con carácter general establece el artículo 1271.2.º CC para el Derecho civil estatal. Como es bien sabido, el Código civil español es contrario a la admisión de los pactos o contratos sucesorios, pues se haya inspirado en el propio criterio prohibitivo de tales pactos adoptado ya por el Derecho romano, al que responde la regla *viventis nulla est hereditas*⁹⁴.

Por lo que atañe al Código civil español, procede aclarar, para lo que importa a este estudio, que el artículo 826 CC representa una de las posibles excepciones a la regla prohibitiva de los pactos sucesorios, al declarar la validez de la promesa de mejorar o no mejorar, hecha por escritura pública en capitulaciones matrimoniales y presume que la promesa es irrevocable: «La disposición del testador contraria a la promesa no producirá efecto» (art. 826.2.º CC)⁹⁵. Además, el artículo 827 CC declara irrevocable la mejora hecha por capitulaciones matrimoniales. En efecto, de lo que no cabe duda es de que, fuera de los casos de mejora hecha en capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero, la mejora es revocable, aunque se haya verificado con entrega de bienes, como señala el artículo 827 CC. Precisamente, en el caso resuelto por la STS, Sala 1.ª de lo Civil, de 11 de mayo de 1964⁹⁶, procedió la revocación de la mejora, en especial, por medio de una figurada permuta, con fundamento en el citado artículo 827 CC. Además, se estimó que se trataba de una revocación tácita, en esencia, por otorgar testamento posterior a aquellos contratos, de los que podría inferirse una mejora a favor de uno de los hijos, y otorgar un testamento cuyo contenido es incompatible con aquellas disposiciones contractuales. Así, al interpretar el artículo 827 CC, considera el Tribunal Supremo que «claramente admite que la revocación puede llevarse a efecto de un modo expreso o tácito, al no sentar diferencia alguna entre ambas formas y ser principio general de Derecho, reconocido por la Jurisprudencia de esta Sala, el que dice que: “Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”». Considera el Tribunal que, en el caso de autos, se entenderá realizada la revocación de la mejora de forma tácita: «siempre que las cláusulas contenidas en un testamento posterior al contrato en que se concedió sean incompatibles con ella», como sucede cuando en el

⁹³ VAQUER ALOY, *La interpretación del testamento*, 2.ª ed., Reus, Madrid, 2008, pp. 98 y 99.

⁹⁴ «No hay herencia de una persona viva» (D. 18,4,1). Si se vendiese una herencia de una persona que todavía vive o inexistente, el acto es nulo porque el objeto vendido no existe (*Pomp. 9 Sab.*). Como recuerda D'ORS, la sucesión por contrato es desconocida en el derecho romano, y se considera nulo, por inmoral, el convenio de instituir a alguien heredero o de no instituirle. ORS, Álvaro D', *Derecho privado romano* (décima edición), Ediciones Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, 2004, § 243n.1.

⁹⁵ Para ROCA SASTRE, la *promesa de mejorar* es un acto de contenido positivo, pero que únicamente produce, de momento, un compromiso por parte del causante de otorgar una mejora al favorecido, bien en acto entre vivos, por donación o contrato sucesorio, o bien en testamento; mientras que la *promesa de no mejorar*, constituye un acto de signo negativo, pues indica una abdicación de la facultad de mejorar que hace que los dos tercios de la herencia futura hayan de distribuirse como legítima por iguales partes entre los legitimarios, por lo que, como dice el autor «dicho pacto tiene una eficacia normativa o estatutaria, más que atributiva». ROCA SASTRE, Ramón María, *Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas*, en la obra de KIPP, *Derecho de Sucesiones*, en ENNECCERUS, KIPP y WOLF, *Tratado de Derecho civil*, t. Quinto, *Derecho de sucesiones*, vol. I (segunda edición), Bosch, Barcelona, 1976, pp. 374 y 375.

⁹⁶ ECLI:ES:TS:1964:3271. La parte actora hace historia de cómo el demandado llevó a vivir con él al padre de los litigantes, y por medio de persuasiones hizo que, en virtud de ciertos contratos, permutas, donación..., pasaran la mayor parte de los bienes del padre a su poder, perjudicando los derechos en la sucesión de los actores.

testamento se mejora a persona diferente de la favorecida anteriormente, se adjudican todos los bienes en que la misma consiste o se instituye a todos los herederos por partes iguales, puesto que los testamentos son los que en definitiva regulan la distribución del caudal relicto del testador⁹⁷. Por consiguiente, estamos en presencia de una revocación tácita de la mejora por incompatibilidad con otra disposición testamentaria posterior. Este caso recuerda a los supuestos de ineficacia del legado, de los que se ocupa el artículo 869 CC, por lo tanto, estimo que cabe una interpretación extensiva de esta norma a los casos de revocación tácita de la mejora, en especial, si se trata de una mejora en cosa determinada, que el testador transforma o enajena la cosa, o bien, la cosa perece del todo, en los términos previstos por el citado precepto.

Ahora bien, a pesar de la irrevocabilidad de la mejora hecha en capítulos matrimoniales (ex arts. 826.2.º y 827 CC), sí cabe predicar la posible revocación de la mejora si al tiempo del otorgamiento se prevé su revocabilidad, como ocurrió en el caso resuelto por la antigua STS, Civil, de 11 de enero de 1915⁹⁸. En este fallo se acordó la revocación de la donación y mejora que los padres habían hecho a uno de sus hijos y a su futura esposa, supeditadas a la condición de que una vez casados, irían a vivir con los padres del primero, cuidándoles y asistiéndoles, por considerar acreditado del conjunto de pruebas, que, al poco tiempo de ocurrir el fallecimiento del esposo, su viuda abandonó, sin motivo, la casa de sus padres políticos, por lo que resulta «claro que la convención a la que se subordinó la subsistencia de la mejora y de la donación quedó evidentemente incumplida y, por tanto, sin efectos ulteriores».

También, se admite la posibilidad de la revocación de la mejora si el mejorado hubiese faltado a las condiciones que se hubiesen impuesto al hacerse la mejora, como ocurrió en el caso enjuiciado por la STS, Civil, de 5 de diciembre de 1930⁹⁹, que reconoció la nulidad de una donación (por razón de matrimonio) y la revocación de la mejora contenida en la escritura objeto del pleito, a instancia de los herederos¹⁰⁰. En esta Sentencia, con remisión a la ya citada STS, Civil, de 11 de enero de 1915, se apela al artículo 827 CC, cuando se refiere a la irrevocabilidad de la mejora hecha en capitulaciones o por contrato oneroso celebrado con un tercero; pero apostilla que «[...], lo cual no impide el que a instancia de los herederos se pueda resolver ese contrato cuando el mejorado hubiese faltado a las condiciones que le imponen al hacerse la mejora» (Considerando Segundo)¹⁰¹.

⁹⁷ Aclara el Tribunal que en este caso por contrato de 29 julio 1955, el padre de los litigantes donó determinados bienes al recurrente, «como mejora y, en su caso, libre disposición y anticipo de la legítima» y que por testamento de 23 enero 1959 dispuso en favor de sus tres hijas, además de los legados sobre cosas específicas, «del remanente de los tercios libre y de mejora» (Considerando Segundo).

⁹⁸ ECLI:ES:TS:1915:1406. En el caso de autos, los consortes Don Manuel y Doña Teresa, de una parte, y de otra su hijo Don Gerardo y Doña Manuela, otorgaron una escritura calificada por el notario de capitulaciones matrimoniales, por la que los padres le hacen una mejora y donación con la condición de que una vez efectuado el matrimonio de Don Gerardo y Doña Manuela irían a vivir con los padres del primero, «cuidándoles y asistiéndoles, [...], bajo pena de rescisión por el incumplimiento de dichas condiciones».

⁹⁹ ECLI:ES:TS:1930:2015.

¹⁰⁰ La razón de que procede la revocación está en que la mejorada, una vez casada, se ausentó del lado de sus padres, marchándose a América y no cuidándolos, ni sufragando los gastos de su funeral, condición, esta última, que como posterior a la muerte del padre, puede ser alegada por sus hijos que son continuadores de su personalidad. Adviértase que la donación y mejora estaban sujetas a las siguientes condiciones: «Que los mejorantes se reservan mientras vivan el uso y usufructo de los bienes y derechos a que la gracia y mejora alcancen; que la mejorada ha de vivir con ellos tanto en el estado de casada como en el de viuda, asistirles y cuidarles en sana salud y en enfermedades y funerales con arreglo a su clase. Con tales condiciones, ratifican la expuesta gracia y mejora y se obligan a no revocarlas».

¹⁰¹ Con cita y en aplicación de la doctrina de esa STS, Sala 1.ª de lo Civil, de 5 de diciembre de 1930, la SAP Asturias 302/2003, Sección 4.ª, de 10 de julio (ECLI:ES:APO:2003:2764), resuelve un caso en el que se había establecido en capitulaciones matrimoniales una mejora, en la que ante el matrimonio que pretendían contraer el demandante y Dña. Trinidad, los padres del primero mejoraban a su hijo en la tercera parte de todos los bienes, derechos y acciones que cada uno de ellos dejare a su fallecimiento, añadiendo que «dichas mejoras quedan subordinadas a

En el Derecho civil de Galicia, como se ha estudiado en un apartado anterior, se regulan las disposiciones testamentarias especiales a favor del cuidador (ex arts. 203 y 204 LDCG); pero también se puede favorecer a los cuidadores mediante el pacto sucesorio de mejora (arts. 214 ss. LDCG¹⁰²), ya que la mejora puede estar subordinada a la obligación de cuidar al ascendiente otorgante del pacto o a terceros, no en vano, la LDCG prevé en su artículo 218 que la mejora sea ineficaz: «Además de por las causas que se convinieran¹⁰³, los pactos de mejora quedarán sin efecto: 1.º Si el mejorado incumpliera las obligaciones asumidas. [...]». Si al pacto se incorpora una persona con discapacidad, seguramente, lo más común será que dicha persona sea la perceptora de los cuidados, así que lo habitual será que uno de los otorgantes, cedente del bien o bienes, sea un ascendiente que celebra el pacto de mejora con uno de los descendientes al que mejora con la obligación de cuidar a la persona con discapacidad, probablemente, otro de los hijos, cónyuge, ascendientes del mejorante o bien, terceras personas, amigos, por ejemplo^{104 105}.

la obligación que al mejorado imponen de vivir en unión y compañía de los mejorantes o del que ellos sobreviva. De no cumplir el mejorado esta condición en su integridad, ambas mejoras quedarán sin efecto [...]». Se decía, por último, que «los futuros cónyuges, después de casados, vivirán en unión y compañía de los padres del novio, sin formar sociedad». Aclara el Tribunal que «Se está pues ante una mejora al hijo que va a contraer matrimonio y va a permanecer en la casa, relativamente frecuente en el campo asturiano, que muchas veces se combina con otros pactos sucesorios, relativos a la continuidad en la casería o a la constitución de una sociedad familiar». En lo que aquí interesa, se trata de una mejora claramente sometida a condición, referida a que el mejorado ha de vivir en unión y compañía de los mejorantes o el que de ellos sobreviva. Con la doctrina de la citada STS 5 diciembre 1930, se reconoce que pese a la dicción del artículo 827 del Código civil, del que parece desprenderse la irrevocabilidad de las mejoras realizadas en capitulaciones, nada impide que a instancia de los herederos se pueda resolver ese contrato cuando el mejorado hubiese faltado a las condiciones que se le hubiesen impuesto al hacerse la mejora, lo que parece consustancial con su carácter condicional. Pues bien, está acreditado en autos y reconocido por el propio demandante, que dejó de convivir con sus padres, con lo que parece en principio que esa condición no se cumplió. Además, la prueba revela que al menos en los últimos años mantuvo una actitud de enfrentamiento con su madre, recientemente fallecida en el curso de este procedimiento, puesta de relieve no solo por las expresivas contestaciones de esta en la prueba de confesión y su decisión de dejar sin efecto dicha mejora en el último testamento que otorgó, sino también por otros datos, como los litigios mantenidos frente a ella, la denuncia penal que esta formuló frente al demandante, o la conducta de este, a la que antes se hizo mención, reteniendo el capital percibido con motivo de una expropiación forzosa de bienes hereditarios, lo que difícilmente cabe armonizar con el espíritu de colaboración y ayuda que era inherente a la obligación de convivencia establecida en dicha mejora (FD Quinto).

¹⁰² Dispone el artículo 214 LDCG que «Son pactos de mejora aquellos por los cuales se conviene a favor de los descendientes la sucesión en bienes concretos».

¹⁰³ Entre esas «causas que se convinieren», para que la mejora sea ineficaz, podrían estar el incumplimiento de la obligación de cuidado y asistencia de uno de los otorgantes o de terceros.

¹⁰⁴ Esta posibilidad de beneficiar a personas distintas de los otorgantes, por medio de la imposición de obligaciones o cargas, en concreto de cuidar, se observa en otras figuras jurídicas previstas por la LDCG, por ejemplo, en el contrato de vitalicio que «podrá constituirse en favor del cedente de los bienes o de un tercero» (art. 149.1 LDCG); o en el caso de las disposiciones testamentarias ordenadas bajo la condición de cuidar y asistir al testador; pero también de cuidar y asistir «a sus ascendientes, descendientes o cónyuge» (art. 204 LDCG).

¹⁰⁵ Otra de las demostraciones del alcance que en el Derecho civil de Galicia tienen los cuidados y asistencia prestados por la persona o personas que van a ser favorecidas y, tal vez, mejoradas en la herencia de sus ascendientes, está representado por instituciones de índole consuetudinarias, aunque positivizadas en la Ley de Derecho civil de Galicia, que son, primordialmente, además del pacto de mejora, una modalidad especial, la denominada «mejora de labrar y poseer». La mejora «de labrar y poseer» se regula, dentro del Capítulo dedicado a los pactos sucesorios (arts. 209 ss. LDCG), en los artículos 219 a 223 LDCG y la figura de «casar para casa», que se incardina en la llamada «compañía familiar gallega», institución regulada por la Ley de Derecho civil de Galicia (arts. 157 a 170). De nuevo, interesan estas instituciones propias de Derecho civil de Galicia, no solo por lo determinante de los cuidados en la atribución de la mejora, sino que también y por lo que importa a este estudio, por la relevancia de la interpretación de las disposiciones ordenadas por el causante. En este sentido, destaco, la norma general a cualesquiera pactos sucesorios del artículo 213 LDCG, a cuyo tenor «Las estipulaciones contenidas en los pactos de mejora que hagan referencia explícita a instituciones consuetudinarias gallegas, como la casa, el casamiento para casa, la mejora de labrar y poseer, la compañía familiar o cualquier otra, habrán de ser interpretadas conforme a los usos y costumbres locales»; en correspondencia con el artículo 2.2 LDCG, que

El hecho de que, usualmente, la persona con discapacidad no sea uno de los otorgantes del pacto de mejora y sí beneficiario de los cuidados que se configuran como carga u obligación de la mejora a favor del cuidador, que sí es uno de los otorgantes, no empece la procedencia de valorar la incorporación de personas con discapacidad en el otorgamiento de pactos sucesorios, posibilidad hoy, *prima facie*, vedada, al menos por la Ley de Derecho Civil de Galicia, ya que su artículo 210 dispone que «Solo pueden otorgar pactos sucesorios las personas mayores de edad con plena capacidad de obrar». También, el CC de Cataluña —Libro Cuarto, relativo a las sucesiones, Ley 10/2008, 10 julio—, establece tal prohibición, cuando en su artículo 431-4 comienza por disponer que «Los otorgantes de un pacto sucesorio deben ser mayores de edad y gozar de plena capacidad de obrar»¹⁰⁶. Por consiguiente, y a tenor de las citadas normas, una persona con discapacidad, aunque fuere mayor de edad, no podría otorgar en estos Derechos civiles autonómicos ningún tipo de pacto sucesorio¹⁰⁷.

A propósito del Derecho civil de Cataluña, su Código civil, con relación a la cuestión que nos ocupa, disposiciones sucesorias subordinadas a la prestación de cuidados, ya en el Preámbulo del citado Libro Cuarto, se reconoce, al referirse a los pactos sucesorios que «El tipo básico de pacto sucesorio implícito en el Libro Cuarto es un pacto con causa gratuita, en el que pueden imponerse cargas al favorecido, como por ejemplo la de cuidar a un otorgante que tenga la condición de causante de la sucesión y prestarle asistencia, así como la de hacer constar la finalidad que se pretende alcanzar con el otorgamiento del pacto» (apartado IV). En este sentido, dispone el artículo 431-6.2, al referirse a las cargas y finalidad del pacto sucesorio, que «Las cargas pueden consistir, entre otras, en el cuidado y atención de alguno de los otorgantes o de terceros [...]»¹⁰⁸. Como se ha anticipado, para otorgar pactos sucesorios se requiere «plena capacidad de obrar» (art. 431-4). Pues bien, con fundamento en este último precepto, la STSJ Cataluña 20/2021, Civil y Penal, de 16 de marzo¹⁰⁹, declaró la nulidad de un pacto sucesorio otorgado con una hija por una testadora con capacidad modificada judicialmente, ya que, en síntesis, «[...] lo que no cabe, es prescindir de las previsiones legales encaminadas a preservar los intereses patrimoniales de las personas vulnerables sin sustituirlas por un sistema de soporte adecuado» (FD Cuarto); a pesar de que en el recurso de casación se apeló a la posible interpretación a futuro del artículo

dispone que «El derecho gallego se interpretará e integrará desde los principios generales que lo informan, así como con las leyes, los usos, las costumbres, la jurisprudencia emanada del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y la doctrina que encarna la tradición jurídica gallega».

¹⁰⁶ Aunque, a continuación, precise que «Sin embargo, si un otorgante de un pacto sucesorio tiene solo la condición de favorecido y no le es impuesta ninguna carga, puede consentir en la medida de su capacidad natural o por medio de sus representantes legales o con la asistencia de su curador».

¹⁰⁷ Esta limitación de capacidad jurídica para otorgar pactos sucesorios no se observa en otros territorios en los que asimismo se prevé la delación de la herencia por pacto sucesorio, ya que, aunque sí se requiere la mayoría de edad, nada se dice respecto a la capacidad «de obrar», como hacen la LDCG y el Libro Cuarto del CC de Cataluña. Así, únicamente exigen mayoría de edad y no la «plena capacidad de obrar» para otorgar pactos sucesorios: la ley 173.1 del Fuero Nuevo de Navarra —Ley 1/1973, 1 marzo—; el artículo 378 del Código del Derecho Foral de Aragón —Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo—, o el artículo 100.3 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco —Ley 5/2015, 25 junio—.

¹⁰⁸ En aplicación del artículo 431-6 del CC de Cataluña, destaca la STSJ Cataluña 14/2022, Civil y Penal, de 24 de marzo (ECLI:ES:TSJCAT:2022:3149). En el caso enjuiciado, sobre un pacto sucesorio de atribución particular, con la finalidad de recibir los otorgantes por parte de su sobrina «las atenciones debidas, de todo orden, personales y patrimoniales», quedando plasmados en el instrumento notarial (art. 431-6 CCCat), finalmente, se resolvió que «el incumplimiento de la carga impuesta justifica la posterior revocación del pacto», en atención a lo dispuesto por el artículo 431-14. 1.º.b) CCCat. Concluye el Tribunal que «En conclusión, la carga es una suerte de garantía de que se cumplirá con el pacto y, precisamente por ello, su incumplimiento permite al otorgante revocar el mismo» (FD Quinto). Obsérvese, además, cómo el Código civil de Cataluña, al regular la inhabilidad sucesoria, reconoce la posibilidad de favorecer a los cuidadores no solo en testamento notarial abierto, sino también en pacto sucesorio, en los términos previstos por el artículo 412-5.2.

¹⁰⁹ ECLI:ES:TSJCAT:2021:5121.

431-4 CC de Cataluña, a la luz de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad y, por consiguiente, la exclusión de la exigencia de la plena capacidad de obrar para otorgar el pacto sucesorio¹¹⁰.

Estimo que tal exigencia de «plena capacidad de obrar» para otorgar pactos sucesorios (ex arts. 210 LDCG y 431-4 Libro Cuarto CC Cataluña), no se compadece con la CNUDPD —Convención de Nueva York de 2006—, en particular, con su piedra angular, el artículo 12.2, que dispone que «[...] las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida»¹¹¹, ni con la Ley estatal, ya en vigor, la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica —que entró en vigor el día 3 de septiembre de 2021—¹¹². Por consiguiente, y ya centrándome en la regulación de la Ley de Derecho Civil de Galicia, a mi juicio el artículo 210 debería ser interpretado a la luz de la Convención de Nueva York de 2006 y de la Ley 8/2021¹¹³. La persona con discapacidad en Galicia podría otorgar pactos sucesorios,

¹¹⁰ En efecto, en el recurso de casación por interés casacional presentado por la defensa de la parte demandada se solicita que esta Sala en relación con el artículo 431-4 del CC de Cataluña declare como doctrina que, en aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (CNUDPD), «no procede ninguna exigencia relativa a tener que gozar de una plena capacidad de obrar para que las personas discapacitadas puedan ejercer todos sus derechos, en particular para que una persona declarada parcialmente incapaz, bajo régimen de curatela, pueda otorgar un pacto sucesorio» (FD Primero), aunque, como se aclara en el texto, finalmente, se declaró la nulidad del pacto sucesorio. Obsérvese como en otra STSJ Cataluña, de la misma fecha: STSJ Cataluña 19/2021, Civil y Penal, de 16 de marzo (ECLI:ES:TSJCAT:2021:5437), sí se declara la validez, pero no de un pacto sucesorio, sino de un testamento otorgado por persona con discapacidad sensorial (problemas de visión), al aplicar los artículos 421-8 al 421-10 del Libro IV del CC de Cataluña. Se estima, en síntesis, que el testador podía realizar actos jurídicos con plena eficacia dado que la discapacidad sensorial que progresivamente fue afectando a su sentido de la vista no restringía su autogobierno pudiendo manifestar su voluntad consciente y libremente con la debida comprensión y discernimiento y así lo había hecho en anteriores ocasiones en actos dispositivos *inter vivos*: la presencia de dos testigos no resultaba imprescindible para validar el testamento: la situación no era equiparable jurídicamente a la del ciego en orden a su capacidad y formalidades para otorgar testamento aunque sus limitaciones visuales fuesen tan importantes que le impidieran leer si no era con aparatos especiales.

¹¹¹ Recuérdese que el artículo 96.1 de la Constitución dispone que «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional».

¹¹² A falta de normativa *ad hoc* gallega, adaptada a la CNUDPD, sobre la capacidad para otorgar pactos sucesorios por las personas con discapacidad, puede recurrirse al Derecho estatal como derecho supletorio (ex art. 4.3 CC y art. 1.3 LDCG) y, aunque es sabido que el contrato sucesorio es un negocio jurídico de naturaleza *sui generis*, por su carácter híbrido entre la naturaleza contractual y la sucesoria, se puede, a mayor abundamiento, argumentar que según el Código civil, tras su modificación operada por la citada Ley 8/2021, las personas con discapacidad pueden contratar, como se infiere del actual artículo 1263 CC y, por lo tanto, celebrar contratos sucesorios en los territorios en los que esta forma de deferir la herencia se admita, como es el caso de Galicia.

¹¹³ Sería deseable una adaptación a la CNUDPD de la LDCG, aunque, en materia de Derecho de la persona, por ejemplo, todavía resuena el eco de la desafortunada declaración de nulidad por el Tribunal Constitucional de las disposiciones relativas a la autotutela en la LDCG. Recuérdese que por la STC (Pleno) 133/2017, de 16 de noviembre (BOE núm. 308, de 20 de diciembre de 2017), se declaró la inconstitucionalidad y nulidad de los Títulos II (arts. 27 a 41) y III (arts. 42 a 45), de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, reguladores de la adopción y la autotutela, respectivamente, por extralimitación de la competencia legislativa de la Comunidad Autónoma para la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil propio reconocida por el artículo 27.4 del Estatuto de Autonomía de Galicia, al regular *ex novo* [«codificación *ex novo*»] figuras jurídicas no integradas en el acervo normativo o consuetudinario del Derecho civil histórico gallego y no encontrarse en conexión con otras instituciones propias y características de dicho Derecho foral; vulnerando así, la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil derivada del artículo 149.1.8 CE. Sin embargo, el legislador catalán procedió, con carácter urgente, al ajuste de su ordenamiento jurídico a la Convención de Nueva York de 2006, por medio del Decreto-ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad. En su Disposición final cuarta establece la previsión de que en un plazo de doce meses desde la entrada en vigor de este decreto ley se presentará un proyecto de ley de

siempre que sea mayor de edad, en ejercicio de su capacidad jurídica y la preservación del respeto por su voluntad, deseos y preferencias, en evitación de abusos, conflictos de intereses e influencias indebidas puede encomendarse al notario autorizante del pacto sucesorio, ya que, como dispone el artículo 211 LDCG «Los pactos sucesorios habrán de ser otorgados en escritura pública. En otro caso el pacto no producirá efecto alguno». Obsérvese como la Circular informativa 3/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad, considera a los notarios como «un verdadero apoyo institucional» y, además, señala que «en el caso de la persona con discapacidad, el notario deberá ayudar a que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias. Se trata de un imperativo ético y legal [...]».

Los tribunales de justicia de Galicia han tenido ocasión de resolver algunos asuntos en los que el pacto de mejora incorporaba la obligación de cuidados y atención a uno de los otorgantes. En este sentido, la SAP Ourense 51/2015, Sección 1.ª, de 19 de febrero¹¹⁴ declaró la ineficacia de un pacto de mejora por incumplimiento de la condición de asistencia y cuidado a la cedente (madre del cesionario)¹¹⁵. Considera el Tribunal que, en este caso, se trata de un pacto de mejora celebrado entre la madre y dos de sus hijos, los aquí litigantes, sin la entrega del bien objeto de la mejora e imponiendo a los mismos la obligación de cuidar y asistir a la adjudicante desde que lo necesitare o reclamare hasta su fallecimiento; lo que constituye una condición suspensiva en los términos del artículo 1114 CC por remisión de los artículos 790 y 791 del mismo texto legal, de forma que solamente se adquirirá el derecho sobre el inmueble, si efectivamente se ha cumplido la condición, lo que concuerda con lo establecido en el artículo 218.1 LDCG, al señalar que, además de por las causas que se convinieren, los pactos de mejora quedarán sin efecto, entre otros supuestos, si el mejorado incumpliera las obligaciones asumidas (FD Tercero)¹¹⁶. Y añade que

modificación del Código civil de Cataluña en materia de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Decreto-ley que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña (Disposición final quinta) —publicación en el DOGC, núm. 8493, de 2 de septiembre de 2021—.

¹¹⁴ ECLI:ES:APOU:2015:97.

¹¹⁵ Doña Zaida falleció el día 7 de noviembre de 2012, habiendo otorgado testamento abierto el 1 de febrero de 2010 en el que, además de legar a uno de los hijos Don José Ángel una serie de fincas, instituyó herederos a sus hijos Don Juan Ramón y Doña Elena, los aquí litigantes, bajo la condición de que «la cuiden debidamente, con arreglo a los usos del lugar, desde que la persona testadora lo manifestase y reclamase y hasta el momento de su fallecimiento; condición que se presumirá cumplida, salvo prueba en contrario. Los sustitutos quedarán obligados en igual condición. En caso de incumplimiento de la condición (el cual solo podrá acreditarse interponiendo la pertinente demanda en el plazo de dos meses desde el fallecimiento de la testadora) por alguno de los herederos hace este legado a aquél que lo cumpla». En la misma fecha de otorgamiento de testamento, la testadora y sus dos hijos Don José Ángel (sic) y Doña Elena, otorgaron escritura pública de pacto sucesorio de mejora, en virtud del que la mejorante, Doña Zaida mejoraba a los citados hijos adjudicándoles una casa unifamiliar, pactándose expresamente: «La mejorante impone a ambos mejorados, que asumen con carácter solidario, la obligación de cuidarla y asistirle desde que lo necesitare y reclamare y hasta el momento de su fallecimiento. La obligación de cuidado se presumirá cumplida *iures et iura* (sic) si no se interpone la demanda en vida de la mejorante o en el plazo de cuatro meses a contar desde el fallecimiento de la mejorante. La obligación de cuidado sí es compatible con que la mejorante aporte para ello algún dinero (v.gr. su pensión pública). Y se hace constar que los mejorados vienen cuidando a la mejorante desde hace más de 10 años». Con posterioridad a ello, el día 6 de septiembre de 2012, la mejorante compareció ante notario y realizó un acta de manifestaciones en la que después de relatar los antecedentes expuestos y efectuar algunas precisiones sobre los derechos que sobre el inmueble objeto del pacto sucesorio, declaró que «Que su citada hija Doña Elena no la cuidó ni asistió en modo alguno desde la formalización de dicho pacto, ni la cuida ni asiste en la actualidad», añadiendo que es su voluntad que sus derechos sobre la vivienda, la mitad indivisa, sean de su hijo Don Juan Ramón, el ahora demandante. En esta situación dicho demandante, tras aceptar la herencia, presentó, dentro del plazo de cuatro meses establecido en el pacto, la demanda a fin de que se deje sin efecto la mejora establecida a favor de su hermana por el incumplimiento de sus obligaciones.

¹¹⁶ Como reconoce el Tribunal, debe partirse de que la obligación de la demandada no se ceñía a prestaciones de subsistencia mínimas, económicamente evaluables, sino que trascendía el de mínimo material y abarcaban todo

pese a los términos en que se redactó el pacto sucesorio de los hechos posteriores se deduce que la interpretación correcta es que la obligación se constituyó con carácter mancomunado entre los hermanos. Se trata de una obligación divisible conforme al artículo 1151 CC; y en cuanto se trata de obligaciones de dar son obviamente susceptibles de cumplimiento parcial, así cada uno de los obligados mancomunadamente pueden procurar en parte los alimentos, ropa y vivienda; y en cuanto se trata de obligaciones de hacer, cada parte puede cuidar y asistir a la madre de forma parcial, esto es, dividiendo la prestación de hacer de acuerdo con el contenido obligacional mancomunado, con independencia de la dificultad relativa en el cumplimiento efectivo y práctico de esta clase de obligaciones (FD Tercero).

Sin embargo, en el supuesto enjuiciado por la SAP A Coruña 183/2020, Sección 4.^a, de 26 de mayo¹¹⁷, se desestima la nulidad de pleno derecho o, en su defecto, la ineficacia del pacto sucesorio de mejora con entrega de bienes y reserva de usufructo; asimismo, se desestima la consideración de la actuación dolosa de los demandados dirigida a anular la voluntad de la testadora y neutralizar así el riesgo de que resolviese por indignidad la mejora o revocase sus disposiciones de última voluntad¹¹⁸. En la fundamentación jurídica de la demanda se menciona como aplicable al caso el apartado 3.º del artículo 218 LDCG con arreglo al cual los pactos de mejora quedarán sin efecto por incurrir el mejorado en causa de indignidad, por su conducta gravemente injuriosa o vejatoria y, si hubiera entrega de bienes, por ingratitud. Argumenta el actor que puesto que el pacto de mejora fue suscrito bajo condición de los cuidados que los mejorados debían prestar a la mejorante hasta su fallecimiento, el comportamiento «despiadado e inhumano» de los demandados anula la validez jurídica de la mejora convenida, arrastrando con ello al testamento «pues la mejora regulada en aquel pacto fue incluida en el testamento que doña Raquel suscribió en enero de 2013» (FD Primero)¹¹⁹. La pretensión de ser ineficaz la mejora

un campo de convivencia marcado por una relación afectiva, con permanentes cuidados y atención de todo orden. Por ello la cuestión del cumplimiento o incumplimiento de lo pactado no debe basarse en la estricta óptica económica o en la constatación de que la madre era autónoma y podía valerse por sí misma o tenía ciertas necesidades cubiertas por los servicios sociales del Ayuntamiento, sino en el análisis, a través de la correspondiente valoración probatoria, de si la hija propició ese marco de convivencia, afecto y seguridad a la madre, que constituyó la causa de contrato y que fue el fin perseguido, del que todas las personas se encuentran íntimamente necesitadas, sobre todo, a edades avanzadas, con las naturales limitaciones físicas que progresivamente van disminuyendo la propia capacidad de autogestión doméstica. En este sentido resultan determinantes las propias manifestaciones de la adjudicante, o cedente, vertidas en escritura pública de 6 de septiembre de 2012 en la que, en un acto que viene a ser una constatación de la existencia de la causa de extinción de los efectos del pacto, reconoce que su hija no ha cumplido las obligaciones asumidas, siendo su voluntad que los derechos que le correspondan en el inmueble objeto del contrato se adjudicasen únicamente al actor. Fue por el contrario el demandante el que se ocupó de atender a su madre y, cuando no pudo hacerlo, fue su esposa la que la cuidó, aunque fuese a cambio de una retribución pues tal posibilidad estaba ya prevista en el pacto suscrito. Por todo ello, estimándose correctamente valorada la prueba en la sentencia de instancia es procedente confirmar la misma en su integridad, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por la representación de Doña Elena.

¹¹⁷ ECLI:ES:APC:2020:833.

¹¹⁸ Don Demetrio y don Eduardo son los únicos hijos de doña Raquel, que falleció el 15 de agosto de 2016 en estado de viuda de don Mateo, fallecido en agosto de 2012. Don Demetrio demandó a su hermano Eduardo y al hijo de éste, don Eleuterio, para que se declare judicialmente la «nulidad de pleno derecho o en su defecto la ineficacia» del pacto sucesorio de mejora con entrega de bienes y reserva de usufructo convenido entre doña Raquel y los demandados. Del contenido del pacto de mejora de 23 de abril de 2012, merced al cual doña Raquel mejoró a su nieto Eleuterio y a su hijo Eduardo adjudicándoles por partes indivisas la nuda propiedad de dos fincas de su propiedad privativa, en una de las cuales se encuentra la casa familiar y otras construcciones anejas, la demanda destaca la obligación impuesta a los mejorados en los siguientes términos: «Los mejorados quedan obligados a cuidar y atender de doña Raquel y a su esposo, como así lo vienen haciendo desde hace más de diez años, y a convivir con ellos hasta el fallecimiento de ambos. Esta obligación podrá ser cumplida por cualquiera de los mejorados, o por los dos conjuntamente».

¹¹⁹ En la estipulación Cuarta del testamento de 21 de enero de 2013, que rige su sucesión, doña Raquel estableció que las adjudicaciones de bienes que en el mismo instrumento notarial hizo a favor de sus dos hijos «se hicieran

y el testamento, abandonada ya en el recurso la alusión a la falta de capacidad de doña Raquel en el momento de otorgar los dos instrumentos sucesorios a que se refiere la demanda, se sustenta en la falta de prestación de los adecuados cuidados que le debían los dos mejorados (pacto sucesorio de mejora con entrega de bienes de 23 de abril de 2012) y el legatario y adjudicatario en el testamento-partición de 21 de enero de 2013, e incluso en la actuación dolosa de los demandados dirigida a anular la voluntad de la testadora y neutralizar así el riesgo de que resolviere por indignidad la mejora o revocase sus disposiciones de última voluntad. Pues bien, siendo ese el hecho constitutivo de la pretensión del demandante, lo cierto es que carece de sustento probatorio directo y suficiente. En tales circunstancias, la juez estaba obligada a desestimar la demanda (artículo 217. 1 y 2 LEC) como igualmente está el tribunal de apelación obligado a desestimar el recurso y confirmar la sentencia apelada (FD Tercero)¹²⁰.

En parecido sentido, la STSJ Galicia 27/2021, Civil y Penal, de 7 de octubre¹²¹, desestimó la acción de resolución del pacto de mejora sometido a la condición de que el cesionario le prestase «alimentos y cuidados en su más amplia acepción» a la cedente¹²². Aproximadamente, a los tres meses de otorgarse al pacto, en fecha de 1 de marzo de 2012, la cedente formula requerimiento al adquirente entendiéndolo que no cumple con sus obligaciones, al que se opone éste en fecha 7 de marzo oponiéndose al incumplimiento. En la misma fecha la cedente presenta denuncia ante la Guardia Civil alegando ser objeto de malos tratos físicos y psíquicos. En fecha 13/3/2013, ingresada en el Hospital Nicolás Peña de Vigo suscribe acta de manifestaciones constatando, por lo que ahora interesa, su voluntad de seguir tramitación judicial del expediente de resolución de la escritura de pacto de mejora. Sin embargo, dos meses después, en fecha de 9 de mayo de 2013, la cedente otorga testamento abierto en el que incluye como heredero al demandado en una finca, en pago de sus derechos legitimarios, pese a haber sido objeto de apartación (sic) anterior, e instituye heredera a la demandante. Finalmente, se desestima la acción de resolución del pacto de mejora, en aplicación del artículo 218.1 LDCG, con fundamento, en esencia, en que la cedente en ningún momento ejerció acción alguna de resolución del pacto de mejora. Antes, al contrario, y a pesar de que el demandado ya había sido objeto de apartación (sic), lo incluyó nuevamente como legitimario sin que, como acertadamente resalta la sentencia dictada en la instancia, se contemplase en el testamento causa alguna de indignidad para suceder o de desheredación, circunstancias éstas que alejan del acervo probatorio la conclusión de que la otorgante estaba contemplando en ese momento algún tipo de incumplimiento por parte de su hijo D. Pelayo (art.

en primer lugar para pago de las respectivas legítimas de los adjudicatarios, y en lo que excedan lo llevarán como mejora y legado. Sobre lo que su hijo Eduardo lleva y le ha sido adjudicado por encima de su legítima, le impone la condición de atender al cuidado y asistencia de la testadora, como así lo viene haciendo cuando lo necesita, desde hace más de treinta años, y la obligación de abonar los gastos de entierro y funerales de la otorgante» (FD Tercero).

¹²⁰ Para resolver el caso el Tribunal consideró como especialmente relevantes las explicaciones del informe perito médico Sr. Teófilo acerca del control médico periódico a que estaba sometida doña Raquel, que razonablemente excluye la posibilidad de que estuviera recibiendo fármacos no prescritos; el testimonio del Sr. José Enrique, médico que le prestó atención domiciliaria hasta principios de 2016 y le prescribía y controlaba los medicamentos, a juicio del cual la señora estaba «perfectamente atendida»; o el del Sr. Jesús Manuel, podólogo que trataba en su consulta a doña Raquel desde 2011 y que a partir de mediados de 2015 la visitaba en su domicilio, que igualmente destaca que doña Raquel estaba bien atendida (FD Tercero).

¹²¹ ECLI:ES:TSJGAL:2021:5694.

¹²² Ante el Juzgado de Primera Instancia de Redondela D.^a Araceli formuló demanda contra D. Pelayo en ejercicio de acción de declaración de ineficacia de escritura de pacto de mejora otorgada en fecha 3/1/2012 en la cual D.^a Agustina transmitía a su hijo —el demandado— una finca reservándose el usufructo y con una condición resolutoria habida cuenta de que la cedente condicionaba la transmisión a que el demandado le prestase hasta su fallecimiento alimentos y cuidados en su más amplia acepción, en su propio domicilio o en el de la cedente. Señalándose de que en caso de incumplimiento de las obligaciones la cedente deberá requerir notarialmente al adquirente para que lo haga, volviendo la finca a poder de aquélla, si bien la resolución quedará enervada si en el plazo de un mes vuelve a cumplir con sus obligaciones o se opone a la resolución alegando no haber tenido lugar el incumplimiento.

218.3 LDCG) —FD Segundo—¹²⁵. Añade el Tribunal una importante observación al respecto del caso enjuiciado, que, como se ha anticipado, desestima la acción de resolución del pacto de mejora: «Todo ello en el contexto de que la regulación legal (arts. 214 y siguientes) dota de un presupuesto de irrevocabilidad al pacto de mejora (que la escritura ya recoge), a salvo de circunstancias convencionales —que no concurren— o legales, y que no son de revocación, sino de resolución o ineficacia, [...] que tampoco concurren» (FD Segundo).

Para concluir este apartado, estimo que un precepto que conviene traer a colación en esta parte del estudio es el controvertido artículo 251 CC¹²⁴. Para GARCÍA RUBIO¹²⁵, la prohibición de recibir liberalidades también parece incluir los actos *mortis causa* realizados por la persona con discapacidad beneficiando a su persona de apoyo¹²⁶, sostiene la autora que la aplicación textual del artículo 251.1º CC impediría que la persona con discapacidad celebrase un pacto sucesorio con la persona que le presta apoyo (que no sea de origen voluntario y solo en el caso de que se trate de un curador representativo). A mi juicio, no puede desconocerse que los pactos sucesorios están proscritos, con carácter general del texto codificado, luego, no parece que estuviese en la *mens legislatoris* el propósito de extender el ámbito de aplicación del precepto a tal forma de deferir la sucesión. Por otra parte, no es de recibo que una norma del Código civil español (el art. 251 CC) alcance con su prohibición a una institución, la de los pactos sucesorios, cuya interdicción se proclama, en principio, en el Código civil (ex art. 1271.2.º), en contraposición a los Derechos históricos en los que sí se ha dado carta de naturaleza a la institución hereditaria contractual. Todo sin perjuicio de que el artículo 251 CC, dada su naturaleza prohibitiva, oriente a una interpretación restrictiva, recuérdese le viejo brocardo «odiosa sunt restringenda». Además, como es sabido, con carácter general, para su validez los pactos sucesorios, han de otorgarse en escritura pública (por todos, art. 211 LDCG y art. 431-7.1 CCCat), así que la intervención del notario será, no solo el apoyo institucional preciso, sino también la salvaguardia para evitar posibles captaciones de voluntad. Pues bien, ya que el presente trabajo no se ocupa únicamente de las personas con discapacidad con necesidad de apoyos, sino también de supuestos en los que no exista la provisión de apoyos y, en general, de personas vulnerables, respecto de las cuales no entra en juego el sistema de apoyos, se excluiría la aplicación del artículo 251 CC, que dirige expresamente la prohibición que dispone «a quien desempeñe alguna medida de apoyo».

¹²⁵ Se aprecia por el Tribunal que el cuidado de la madre se desarrolló, para toda la familia, en un entorno conflictivo, con problemas de convivencia continuos, y un nuevo enfoque del cuidado con fundamento en el testamento otorgado, en esta ocasión a cargo de la demandante. Pero lo relevante para todo ello no es si estas circunstancias de conflicto ya eran conocidas para el demandado en el momento de aceptar el pacto de mejora, pues, aunque así fuera, ello no añadía obligación alguna colateral a las asumidas en la escritura de pacto de mejora.

¹²⁴ El artículo 251.1.º CC prohíbe a quien desempeñe alguna medida de apoyo: «Recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor». Creo que, al tratarse de una de las *disposiciones generales* de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad, su ámbito puede resultar peligrosamente amplio. En efecto, el artículo 251 CC tiene su encaje sistemático en el Capítulo I (*Disposiciones generales*), del Título XI (*De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica*), en el Libro I (*De las personas*).

¹²⁵ GARCÍA RUBIO, «Comentario al artículo 251 del Código civil», en GARCÍA RUBIO y MORO ALMARAZ (dirs.) y VARELA CASTRO (coord.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2022, p. 241.

¹²⁶ Sin embargo, para DÍAZ MARTÍNEZ, el precepto tiene por objeto únicamente las liberalidades *inter vivos*. DÍAZ MARTÍNEZ, «Incapacidad para heredar» (Capítulo 32), en LLEDÓ YAGÜE/FERRER VANRRELL/EGUSQUIZA BALMASEDA/LÓPEZ SIMÓ (dirs.), *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*, Fundación Notariado, Dykinson, Madrid, 2022, p. 948.

5. Otras disposiciones *mortis causa* que garantizan la asistencia económica a personas con discapacidad

5.1. La sustitución fideicomisaria de residuo a favor de hijos con discapacidad sobre el tercio de legítima estricta de los demás legitimarios y el valor preponderante de la voluntad del testador (ex arts. 782, 808 y 813 CC)

Hasta la entrada en vigor de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, el ascendiente que quisiera favorecer especialmente a alguno de sus hijos o descendientes en situación de discapacidad, podía disponer a su favor, como máximo, del tercio de libre disposición, del de mejora y de la porción que le correspondiese en el tercio de legítima estricta; a partir de la reforma operada por dicha Ley, puede, además, establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, y aclaraba el artículo 808.3.º CC: «siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos»¹²⁷. Precisaba, MARTÍN MELÉNDEZ, que con la reforma de los artículos 782, 808 y 813 CC, el legislador buscaba favorecer al hijo o descendiente incapacitado a través de la *suavización* del límite a la libre disposición *mortis causa* de su ascendiente que implica la presencia de la legítima estricta a favor de los legitimarios y decía «suavización», y no supresión, porque el mecanismo elegido para beneficiar al incapacitado (la sustitución fideicomisaria) no le permite disponer en su favor y sin ninguna limitación, de todo el tercio de legítima estricta, sino solo atribuírselo temporalmente (en principio, hasta el momento de su muerte), de modo que los legitimarios no incapacitados reciban de forma definitiva, aunque sea aplazadamente, la porción legitimaria que les corresponda¹²⁸.

La Ley 8/2021, 2 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, modifica, de nuevo, los artículos 782, 808 y 813 CC, si bien continúa la esencia de la reforma anterior en el sentido de que la intangibilidad de la legítima sigue teniendo como límite legal la posibilidad de gravarla con una sustitución fideicomisaria en favor de los hijos que estén en situación de discapacidad¹²⁹.

El nuevo texto ya no deja dudas sobre qué legitimarios pueden ser fiduciarios: solo los hijos, y ello, aunque habiendo premuerto, concorra algún nieto con discapacidad¹³⁰. En efecto, si en la

¹²⁷ Como concluyó DÍAZ ALABART, la reforma de la Ley 41/2003 en el ámbito sucesorio realmente no amplía genéricamente la libertad del testador que sigue sin poder disponer libremente de los dos tercios de su herencia. Únicamente le permite, en el supuesto de legitimarios discapacitados o descendientes legitimarios incapacitados, alterar, de diferentes maneras, la cuantía de la cuota legal que corresponderá a unos o a otros. DÍAZ ALABART, «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*, núm. 3, 2006 (BIB 2006\385) —en línea—.

¹²⁸ MARTÍN MELÉNDEZ, *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 21.

¹²⁹ La situación de «discapacidad», a la que se refieren, en concreto los artículos que interesan a este apartado del estudio, 782 y 808 CC, ha de entenderse en el sentido que señala el apartado primero de la Disposición Adicional Cuarta del Código civil, modificada por la tan citada Ley 8/2021, de 2 de junio: «La referencia a la discapacidad que se realiza en los artículos 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la 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, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia». *In extenso*, remisión a la nota a pie número 179.

¹³⁰ Como puntualiza DÍAZ ALABART, si el abuelo deseara favorecer a su nieto con discapacidad viviendo sus padres, puede hacerlo además de con el tercio de libre disposición con el de mejora. DÍAZ ALABART, «Derecho de sucesiones

anterior redacción, el artículo 782 CC, como fiduciarios, se refería a «un hijo o descendiente judicialmente incapacitado»; el actual 782 CC, únicamente incluye como beneficiarios «uno o varios hijos del testador que se encuentren en una situación de discapacidad»¹³¹. Estimo que, ya que se admite la tangibilidad de la legítima, bien podría haber pensado el legislador en extender el beneficio a otros legitimarios, como los ascendientes o el cónyuge del testador en situación de discapacidad.

Por consiguiente, de la lectura de los artículos 782, 808 y 813 CC se infiere que los únicos *beneficiarios*, como fiduciarios, son únicamente los hijos, personas con discapacidad y las personas *gravadas* en su legítima estricta, fideicomisarios, pueden serlo cualesquiera legitimarios, ya que el párrafo cuarto del artículo 808 CC se refiere a la legítima estricta de «los demás legitimarios» sin discapacidad, aunque el párrafo quinto del citado artículo aluda al «hijo» que impugne el gravamen de su legítima estricta. En la anterior redacción del precepto, también se consideraba como fideicomisarios a «los coherederos forzosos».

Frente a la regulación anterior, según la que el tipo de sustitución fideicomisaria que se establecía como gravamen sobre el tercio de la legítima estricta (ex antiguo art. 808.3.º CC), era, en terminología de LÓPEZ LÓPEZ, la forma «típica» de sustitución fideicomisaria, es decir, la sustitución que supone obligación de restituir el todo o parte de la herencia, en el texto vigente del artículo 808 CC se permite expresamente la sustitución fideicomisaria *de residuo*¹³². Y como decía LÓPEZ LÓPEZ, «la de residuo tiene como presupuesto la indeterminación en la cuantía, y aun en la misma existencia del sobrante de los bienes hereditarios»¹³³. Por tal razón, no extraña que algún autor, considere que, dados los amplios términos en los que se puede configurar una sustitución fideicomisaria de residuo, podemos estar ante una suerte de «desheredación encubierta» del resto de los legitimarios¹³⁴.

Ahora bien, si es verdad que la concesión del legislador de 2021, frente al del 2003, de admitir el gravamen sobre la legítima estricta de los demás legitimarios, en favor del hijo o hijos en situación de discapacidad, a través de una sustitución fideicomisaria *de residuo*, no quiere decir

y discapacidad», en *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica*, Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, p. 225.

¹³¹ Aunque el artículo 808 CC, al que se remite el artículo 782 CC, al principio del párrafo cuarto alude, con carácter general, a «los legitimarios» en situación de discapacidad; en el mismo párrafo, se refiere luego al «hijo beneficiado».

¹³² Sustitución fideicomisaria de residuo que permite, como es sabido, el párrafo segundo del artículo 783 CC, en la que el testador, fideicomitente, dispensa, en todo o en parte, al fiduciario del deber de conservar la herencia para que en su día la reciba íntegra el fideicomisario. En efecto, el artículo 783.2.º CC, después de disponer que «El fiduciario está obligado a entregar la herencia al fideicomisario, [...]», deja a salvo «el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa» y, precisamente, en este último inciso, se encuentra el fundamento de la admisión de la sustitución fideicomisaria de residuo en el Código civil.

¹³³ LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo, «La regulación del fideicomiso de residuo en el Código civil español», *Anuario de Derecho Civil*, 1955, t. VIII, fascículo III, p. 786.

¹³⁴ En este sentido se pronuncia APARICIO VAQUERO, «Comentario a los artículos 782, 808 y 813.2.º del Código civil», en GARCÍA RUBIO y MORO ALMARAZ (dirs.) y VARELA CASTRO (coord.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2022, p. 570. Desheredación «encubierta», que había rechazado DÍAZ ALABART, pero con relación a la regulación anterior, de la Ley 41/2003, que únicamente permitía el gravamen con una sustitución fideicomisaria típica, porque, como señalaba la autora, el precepto nada decía sobre el tipo de fideicomiso, entonces, entendía la autora, «es seguro que podrá ser el fideicomiso normal, en el que el fiduciario tiene la obligación de conservar [...]. De admitirse el fideicomiso de residuo, podría convertirse en una verdadera desheredación para los legitimarios fideicomisarios; [...]». DÍAZ ALABART, «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*, núm. 3, 2006 (BIB 2006\385) —en línea—.

que el gravamen pueda dejar de ser una sustitución fideicomisaria, aunque el precepto deje a salvo la «disposición contraria del testador», que entiendo que se refiere al modo de configurar la sustitución fideicomisaria de residuo y que considero que puede ser como fideicomiso de *si aliquid supererit* (de lo que quede, si es que queda algo, que puede no quedar)¹³⁵, sobre todo, en atención al paso que ha dado el legislador en 2021, ya que parece querer que el fiduciario, persona con discapacidad, tenga las más amplias facultades dispositivas, eso sí, con limitaciones a las facultades dispositivas del fiduciario que no podrá «disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto *mortis causa*» (art. 808.4.º *in fine* CC). Aunque algún autor estime que la «disposición contraria del testador», lo puede ser no solo a la forma en que se constituya ese fideicomiso «sino a su propia existencia, disponiendo de la legítima de los demás en favor del hijo con discapacidad como único destinatario de la misma en calidad de simple heredero»¹³⁶. Comparto la opinión de DÍAZ ALABART, cuando precisa que como al heredero normal, «al fideicomisario de residuo, se le quiere por heredero siempre. Y de tal modo también en el fideicomiso de residuo *si aliquid supererit*, en el que tomará bienes si quedan, y no si no, [...]»¹³⁷.

En definitiva, creo que el gravamen será siempre el de una sustitución fideicomisaria, si se acude tanto a una interpretación histórica (art. 3.1 CC), ya que los artículos 782 y 808.2.º CC, se referían expresamente al gravamen de la legítima por medio de una sustitución fideicomisaria, como si se acude, en el texto vigente, a una interpretación sistemática (art. 3.1 CC) de los artículos 782 y 808.4.º CC. Además, el propio legislador parece que ha querido limitar, de algún modo, las facultades dispositivas, al prohibir al fiduciario, persona con discapacidad, que pueda disponer «ni a título gratuito ni por actos *mortis causa*» (art. 808.4.º *in fine* CC), sin perjuicio del alcance que quiera darle el testador a dicha sustitución fideicomisaria¹³⁸.

De nuevo, la interpretación de la *voluntas testatoris* alcanza una significación especial en este ámbito¹³⁹. Como dijo la antigua RDGRN 23 julio 1924, aunque solo fuere como *obiter dictum*, Códigos civiles como el nuestro, «conceden a la voluntad del testador en las sustituciones de tipo fideicomisario admitidas y en los legados asimilables un valor preponderante» (Considerando

¹³⁵ Como es bien sabido, la voluntad del testador puede configurar el fideicomiso de residuo (ex art. 783.2.º *in fine* CC), de muy diferentes formas, las más conocidas: la citada sustitución fideicomisaria de residuo de *si aliquid supererit* y, la otra, la sustitución fideicomisaria de residuo *de eo quod supererit*. En relación a esta distinción, destaco, por todas, la conocida STS, Sala 1.ª de lo Civil, de 7 de enero de 1959 (ECLI:ES:TS:1959:107), al considerar que en la sustitución fideicomisaria de residuo *si aliquid supererit* (si queda algo), el testador (fideicomitente) faculta al fiduciario «a disponer de los bienes objeto de la institución sin trabas de ningún género, en cuyo caso los herederos fideicomisarios solo recibirán en su día lo que quede o reste, si algo efectivamente queda de la herencia» y que en la sustitución fideicomisaria de residuo *de eo quod supererit* (de aquello que debe quedar), «en la hipótesis de que el causante restrinja los poderes de disposición de tal forma que siempre los fideicomisarios deban recibir un mínimo del caudal hereditario, que necesariamente ha de recaer en ellos por expresa voluntad de aquel» (Considerando Primero).

¹³⁶ APARICIO VAQUERO, «Comentario a los artículos 782, 808 y 813.2.º del Código civil», en GARCÍA RUBIO y MORO ALMARAZ (dirs.) y VARELA CASTRO (coord.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2022, p. 571.

¹³⁷ DÍAZ ALABART, *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites*, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 216 y 217.

¹³⁸ La Jurisprudencia, al analizar un caso de sustitución fideicomisaria de residuo *si aliquid supererit*, con facultades de disposición limitadas a los actos *inter vivos* a título oneroso y al mecanismo de la subrogación real respecto del correspondiente de la disposición realizada, se ha referido a la «finalidad conservativa del fideicomiso, *siempre acorde con la voluntad querida por el testador*» —la cursiva es añadida—. STS, Sala 1.ª de lo Civil, 624/2012, de 30 de octubre (ECLI:ES:TS:2012:9156).

¹³⁹ No en vano, no he descuidado el alcance en las sustituciones fideicomisarias de residuo de la interpretación de la voluntad testamentaria, al dedicar una parte importante de una obra a «La interpretación de la voluntad testamentaria: singular relevancia en los negocios jurídicos *mortis causa* que incorporen sustituciones fideicomisarias o usufructos de disposición», pp. 104 a 162: NIETO ALONSO, Antonia, *Sustitución fideicomisaria de residuo, usufructo testamentario de disposición y donación. La atribución de facultades dispositivas y la repercusión de la situación de necesidad*, La Ley, Madrid, 2014.

Segundo)¹⁴⁰. Por eso, convengo con Don Manuel ALBALADEJO, al estudiar la sustitución fideicomisaria de residuo, que es, en definitiva, la que autoriza el tan citado artículo 808.4.º CC, y sus posibles configuraciones (*de si aliquid supererit* y *de eo quod supererit*), cuando resalta la «Necesidad de que conste la voluntad de dispensar el deber de conservación en el aspecto que sea», y declara de forma terminante que, puesto que, salvo dispensa del testador, la sustitución fideicomisaria encierra el deber de conservar toda la herencia (o legado) fideicomitado: «mientras no aparezca la *voluntad dispensadora*, hay que estimar que no existe»¹⁴¹.

5.2. El derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor de un legitimario que se encuentre en una situación de discapacidad (ex art. 822 CC)

La reforma operada en el Código civil por la Ley 41/2003, 18 noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, incorpora una relevante novedad en el Código civil español, al no existir ninguna norma civil que favoreciese directamente a la persona con discapacidad con un derecho de habitación, derecho recogido por el artículo 822 CC, que reconoce el derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor de persona con discapacidad legitimaria, que, como en la actual regulación, puede ser constituido de dos maneras, a saber: voluntariamente (mediante donación o legado [primer párrafo]), o por ministerio de la ley (segundo párrafo)¹⁴². De nuevo, se reforma el precepto, aunque de forma imperceptible, por la Ley 8/2021¹⁴³. En ambos supuestos, el párrafo tercero de la norma declara el derecho intransmisible y, según el párrafo cuarto, tal derecho no impide, en su caso, el reconocimiento al cónyuge de los derechos de adquisición preferente en la liquidación de la sociedad de gananciales (arts. 1406 y 1407 CC), que coexistirán con el de habitación¹⁴⁴. Destaca de la previsión de la norma

¹⁴⁰ *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado* de 1924, pp. 257-265. Don Jerónimo LÓPEZ, al estudiar la sustitución fideicomisaria de residuo, reconocía que «La voluntad de testador puede originar multitud de variantes». LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo, «La regulación del fideicomiso de residuo en el Código civil español», *Anuario de Derecho Civil*, 1955, t. VIII, fascículo 3, p. 786.

¹⁴¹ Aclara el autor que lo dicho debe entenderse razonablemente «y aplicando las reglas normales sobre interpretación de voluntad», por ejemplo, si se autorizó al fiduciario a disponer a título gratuito de bienes fideicomitados, normalmente, salvo datos en contra, hay que estimar que también está autorizado a disponer a título oneroso. Pero no al contrario. ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil V Derecho de sucesiones* (séptima edición), Bosch, Barcelona, 1997, pp. 277 y 278.

¹⁴² Asimismo, por medio de la Ley Foral 21/2019, 4 abril, se modifica el Fuero Nuevo de Navarra (Ley 1/1973, de 1 de marzo), en particular, la ley 425 del Fuero Nuevo, que con la rúbrica «Derecho de habitación sobre la vivienda habitual de las personas con discapacidad o dependencia», dispone en su párrafo primero que «Tendrán derecho de habitación sobre la vivienda habitual los ascendientes o descendientes con discapacidad o dependencia que convivan en la misma con su titular en el momento de su fallecimiento siempre que este no hubiere previsto de otra forma cubrir la necesidad de vivienda de dichas personas o lo hubiera excluido expresamente» y puntualiza en el párrafo segundo que «El derecho reconocido en esta ley coexistirá con los derechos que sobre ella correspondan a otras personas conforme a lo previsto en la presente Compilación, concede a su titular la facultad de ocupar dicho inmueble para sí y para los que con él convivan con la exclusiva finalidad de satisfacer su necesidad de vivienda y no podrá ser objeto de arrendamiento».

¹⁴³ Para averiguar el alcance del artículo 822 CC, es preciso conocer lo que se entiende por «persona con discapacidad», para eso, procede recurrir a lo dispuesto por el apartado primero de la Disposición Adicional Cuarta del Código civil, modificada por la tan citada Ley 8/2021, de 2 de junio: «La referencia a la discapacidad que se realiza en los artículos 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la 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, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia». Ampliamente, remisión a la nota a pie número 179.

¹⁴⁴ Parece como si el legislador diese respuesta a las consideraciones del Tribunal Supremo, que, aunque refiriéndose, más en concreto, al derecho de uso, pueden extrapolarse al derecho de habitación, en la STS 808/2001, Sala 1.ª de lo Civil, de 26 de julio (ECLI:ES:TS:2001:6626), cuando ya vaticinaba, si convenía especular si en la dogmática moderna en su aplicación a la vida comunitaria y negocial era posible mantener «ese clasicismo

que el derecho de habitación sobre la vivienda habitual reconocido 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». Como advierte la doctrina, todos aquellos derechos de habitación constituidos a favor de un legitimario con discapacidad, que no lo hagan, como dice el artículo 822 CC, a través de una donación o de un legado, sino, por ejemplo, por medio de una compraventa o una permuta, serán válidos, pero en estos casos estaremos hablando de un derecho de habitación ordinario de los artículos 523 y siguientes del Código civil, «por lo que no quedará exento del cómputo de la legítima del habitacionista»¹⁴⁵.

Derecho de habitación sobre la vivienda habitual que podrá disfrutar el legitimario en situación de discapacidad lleva aparejado implícitamente su derecho a convivir en la vivienda con la familia¹⁴⁶, entendida en el más amplio sentido, como dice la doctrina, con las personas que «normalmente» deben convivir con el favorecido por este derecho, que incluiría, además del cónyuge a la pareja de hecho¹⁴⁷. También hay que pensar, en su caso, en la inclusión en ese ámbito familiar de la persona que realiza la función de «apoyo» a la persona con discapacidad y, de ser el caso, al animal de compañía que precise o facilite su vida cotidiana¹⁴⁸.

La constitución de este derecho sea voluntaria (art. 822.1.º CC) o por ministerio de la ley (art. 822.2.º CC), al ser un derecho real limitativo del dominio, ha de ser exigida por el beneficiario. De concurrir varios legitimarios que reúnan las condiciones previstas por la norma, podrían ser cotitulares del derecho. Derecho de habitación que se extingue por muerte del habitacionista y por el resto de las causas previstas por los artículos 513 y 529 CC¹⁴⁹.

a. La constitución voluntaria del derecho de habitación a favor del legitimario en situación de discapacidad por medio de donación o de legado

El derecho de habitación sobre la vivienda habitual puede constituirse voluntariamente, mediante una donación o bien un legado, que su titular haga a favor de un legitimario que se encuentre en situación de discapacidad, que «no se computará para el cálculo de las legítimas si

en la figura secular del derecho de uso, o cabe ensanchar su alcance o contenido con previsiones fijadas de antemano en su título constitutivo [...]» (FD Quinto). Doctrina recogida por la SAP Ávila 50/2019, Sección 1.ª, de 5 de febrero (ECLI:ES:APAV:2019:35).

¹⁴⁵ En este sentido, BOTELLO HERMOSA, *El derecho real de habitación a favor de la persona con discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 51.

¹⁴⁶ No en vano, el artículo 524.2.º CC, concede al que tiene derecho de habitación la facultad de ocupar en la casa las piezas necesarias para sí «y para las personas de su familia».

¹⁴⁷ DÍAZ ALABART, «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*, núm. 3, 2006 (BIB 2006\385) —en línea—. Téngase en cuenta la tan reiterada y significativa STC (Pleno) 222/1992, de 11 de diciembre (BOE núm. 16, de 19 de enero de 1993), que reconoció que «Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39) [...]. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural [...]» (FJ 5).

¹⁴⁸ Obsérvese la importante previsión de una Ley gallega: La *Ley de personas con discapacidad acompañadas de perros de asistencia de Galicia* (Ley 10/2003, de 26 de diciembre), que, precisamente, tiene por objeto «[...] garantizar, en la Comunidad Autónoma de Galicia, a toda persona que como consecuencia de su discapacidad haya de ser acompañada de un perro de asistencia su derecho a acceder, deambular y permanecer con él en cualquier lugar, establecimiento o transporte de uso público, con independencia de su titularidad pública o privada» (art. 1.1).

¹⁴⁹ Ampliamente, en relación con este particular derecho de habitación del que resulta beneficiario un legitimario, persona con discapacidad, APARICIO VAQUERO, «Comentario a los artículos 782, 808 y 813.2.º del Código civil», en GARCÍA RUBIO y MORO ALMARAZ (dirs.) y VARELA CASTRO (coord.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2022, pp. 559-583.

en el momento del fallecimiento ambos estuviesen conviviendo en ella». La donación requiere la aceptación del donatario, por sí solo o, en su caso, con la asistencia de la figura de apoyo pertinente (arts. 618, 623, 629, 630 CC) y dado que se constituye un derecho real sobre bien inmueble, debe formalizarse en escritura pública (art. 633 CC). Además, tal donación podrá ser revocada únicamente en los casos tipificados por el Código civil (arts. 644 a 653 CC); el derecho de habitación también puede constituirse por acto *mortis causa*, por medio de legado, en cuyo caso, el derecho quedará constituido tras la muerte del testador, su revocabilidad estará garantizada hasta la muerte del testador.

El objeto del derecho de habitación es sobre la vivienda habitual. Entiendo que la persona con discapacidad beneficiaria de este derecho podrá ocupar toda la vivienda, si fuese necesario o, al menos, «las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia» (ex art. 524.2.º CC) —la cursiva es añadida—¹⁵⁰. Además, considero que la previsión del párrafo segundo del artículo 822 CC, dispuesto para la constitución por ministerio de la ley de tal derecho, es extensible al párrafo primero, es decir, si la constitución es voluntaria (por donación o por legado), el titular del derecho «no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten». Ha de tratarse de la vivienda «habitual», en la que convivan el causante con el favorecido, legitimario en situación de discapacidad; no puede constituirse el derecho sobre segundas residencias. En todo caso, el requisito de la convivencia debería flexibilizarse, sobre todo, para favorecer la independencia de la persona con discapacidad, si en el momento del fallecimiento del causante, el legitimario no estaba conviviendo con él en la vivienda habitual, siempre que necesitase la vivienda familiar, por ejemplo, porque en la que vivía de forma independiente no la disfrutaba en propiedad.

El beneficiario, persona con discapacidad, ha de ser un «legitimario», hijos o descendientes del titular de la vivienda, el cónyuge viudo y, si faltan los hijos o descendientes, los padres o ascendientes. Dándose la paradoja, como observó DÍAZ ALABART, que cuando se protege a los ascendientes con discapacidad, «es en la situación en que más protegidos estaban ya; cuando tienen la condición de legitimarios»¹⁵¹. En la constitución voluntaria del derecho, no se requiere, como sí ocurre en la constitución por ministerio de la ley (párrafo segundo art. 822 CC), que el beneficiario «lo necesite»¹⁵². Ahora bien, a mi juicio, no procedería el disfrute de este particular derecho de habitación sobre la vivienda habitual por el legitimario, persona con discapacidad, si el donante o el testador, titular de la vivienda, al donar o legar, hubiesen condicionado la atribución de tal derecho a la situación de «necesidad» del donatario o legatario legitimario en situación de discapacidad y el legitimario beneficiario no se hallase en dicha situación «de necesidad».

b. El derecho de habitación atribuido por ministerio de la ley a favor del legitimario con discapacidad

El párrafo segundo del artículo 822 CC regula la constitución por ministerio de la ley del derecho de habitación del legitimario, persona con discapacidad, sobre la vivienda habitual del causante titular de la vivienda, siempre que el causante titular de la vivienda y el legitimario beneficiario

¹⁵⁰ Obsérvese como los artículos 1406 y 1407 CC —normas previstas para la liquidación de la sociedad de gananciales— a los que se remite expresamente, cualquiera que sea el tipo de constitución del derecho de habitación, el párrafo cuarto del artículo 822 CC, prevén un derecho de atribución preferente al cónyuge viudo de la vivienda (en su totalidad), incluso en propiedad (en concreto, arts. 1406.4.º y 1407 CC).

¹⁵¹ DÍAZ ALABART, «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*, núm. 3, 2006 (BIB 2006\385) —en línea—.

¹⁵² Sin embargo, DÍAZ ALABART, extiende la exigencia de la necesidad al primer párrafo, ya que se trata de un régimen extraordinario en perjuicio de los colegitimarios, que «no tendría justificación si no solventase una necesidad». DÍAZ ALABART (*ibidem*).

del derecho en el momento del fallecimiento del causante «estuvieren conviviendo en ella», con la misma consecuencia de la no computación para el cálculo de la legítima. Así, aunque el causante no haya constituido voluntariamente el derecho de habitación a favor del legitimario en situación de discapacidad, por vía de donación *inter vivos* o *mortis causa*, o por legado, se le atribuirá *ministerio legis*. Eso sí, «a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente», como dice el párrafo segundo del artículo 822 CC.

En este caso, de constitución *ex lege* del derecho de habitación, respecto de la constitución voluntaria (ex art. 822.1.º CC), como se observa en la lectura del párrafo segundo del citado precepto, se añade un doble requisito: el primero, que el legitimario «lo necesite» [el derecho de habitación] y, el segundo, que el testador no hubiere dispuesto otra cosa ni lo hubiera excluido expresamente. Aunque el tenor del precepto se refiere a la sucesión testada, comparto la opinión doctrinal que extiende esta atribución *ex lege* del derecho de habitación, en los mismos términos previstos por el artículo 822 CC, a la sucesión intestada¹⁵⁵. Como se ha anticipado, la situación de «necesidad» del legitimario habitacionista, no se requiere para la constitución voluntaria del derecho (párrafo primero del art. 822 CC), sin perjuicio de que, a mi juicio, pueda, o bien en la donación o en el legado, condicionarse la atribución a la situación de necesidad. En fin, concuerdo con la jurisprudencia que, aunque con referencia al típico derecho de habitación (arts. 523 a 529 CC) —pero que estimo consideraciones extrapolables a este particular derecho de habitación (ex art. 822 CC)—, propugna, «meditar» si por el título constitutivo (fuente prevalente de su contenido [ex art. 523 CC]), «se innoven» las exigencias relativas a la «necesidad» y al concepto de «familia», para incorporar una noción de «necesidad»: «desprovista de ese designio de subsistencia» y «por supuesto, que la comunidad destinataria no tenga que encerrarse en ese núcleo familiar»¹⁵⁴.

5.3. La protección patrimonial indirecta a las personas con discapacidad por medio de la fiducia *mortis causa* prevista en el artículo 831 del Código civil

Entre las disposiciones testamentarias que pueden redundar en beneficio de la persona con discapacidad está la facultad conferida en forma de fiducia sucesoria por el causante a su cónyuge o a la persona con la que tenga descendencia común, aunque no estén casados entre sí (apartado 6 del art. 831 CC)¹⁵⁵.

La 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, introduce en su Exposición de Motivos una alusión explícita, como beneficiarias de la fiducia sucesoria, a «las personas con discapacidad» —aunque no aparezca esta referencia explícita en el texto del precepto—: «Se reforma el artículo 831 del Código civil, con objeto de introducir una *nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con*

¹⁵⁵ APARICIO VAQUERO, «Comentario a los artículos 782, 808 y 813.2.º del Código civil», en GARCÍA RUBIO y MORO ALMARAZ (dirs.) y VARELA CASTRO (coord.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2022, p. 582.

¹⁵⁴ STS 808/2001, Sala 1.ª de lo Civil, de 26 de julio (ECLI:ES:TS:2001:6626), FD Quinto, doctrina reiterada por la SAP Ávila 50/2019, Sección 1.ª, de 5 de febrero (ECLI:ES:APAV:2019:35), FD Tercero.

¹⁵⁵ Obviamente, no se descuidarán en el trabajo las oportunas referencias a la figura homóloga a la tipificada por el artículo 831 CC (tradicionalmente: «delegación de la facultad de mejorar») que ha desarrollado pormenorizadamente el legislador gallego, a través del denominado «Testamento por comisario», regulado por los artículos 196 a 202 LDCG. En el Derecho civil de Cataluña, se regulan detalladamente, en el Libro Cuarto, relativo a las sucesiones (Ley 10/2008, de 10 de julio), como «Disposiciones fiduciarias», tanto «La designación de heredero por fiduciario» (arts. 424-1 a 424-10), como la institución de «Los herederos y legatarios de confianza» (arts. 424-11 a 424-15).

*discapacidad*¹⁵⁶. De esta forma, se concede al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge supérstite amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, *lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad*. Además, estas facultades pueden concedérselas los progenitores con descendencia común, aunque no estén casados entre sí¹⁵⁷ —la cursiva es añadida—. Al comentar el nuevo artículo 831 CC, tras la reforma por la Ley 41/2003 citada, ROCA GUILLAMÓN, estima que no se ha creado figura nueva alguna, «sino que se ha recurrido a una ya existente, aunque quizás no bien conocida», que «tras «remozarla, se le reconoce una función añadida como instrumento de protección del discapacitado»¹⁵⁸.

Aunque en el texto del precepto (art. 831 CC), no mencione a «las personas con discapacidad», convengo con la atinada observación de DÍAZ ALABART, cuando afirma que «Queda claro que la interpretación del nuevo texto del art. 831 CC debe hacerse tomando en consideración el beneficio de los discapacitados, aunque no aparezcan mencionados en su letra». Para la autora, si entre los descendientes del testador hay personas con discapacidad, «estamos ante uno de los supuestos en que mayor sentido pueda tener el delegar en el cónyuge viudo las facultades del art. 831 CC» y concluye que «La Ley 41/2003 tiene como fin el favorecer a las personas con discapacidad, aunque ello signifique una merma de los derechos de los colegitimarios». DÍAZ ALABART, incluye entre las facultades del cónyuge delegado supérstite la de constituir un fideicomiso sobre la legítima estricta —recuérdese que la Ley 41/2003 introduce, en beneficio de las personas con discapacidad, que el testador pueda establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta (ex art. 808.3 CC [hoy, art. 808.4.º CC])—¹⁵⁹. A mi juicio, el artículo 831 CC, puede ser instrumento útil, no solo por existencia de personas con discapacidad, sino también de personas vulnerables, máxime cuando en el propio precepto no se hace una referencia explícita a «personas con discapacidad», luego, *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

Una facultad que incluida entre las que el cónyuge supérstite, como fiduciario delegado puede ejercitar, que le permitirá más libertad de actuación en el momento de decidir a cuál de los descendientes atribuye bienes en detrimento de los demás y, en particular, facilita el fortalecimiento del descendiente persona con discapacidad, es la de liquidar la sociedad de

¹⁵⁶ Aclara esta calificación de «indirecta» de la protección dispensada por esta figura jurídica (ex art. 831 CC), FLORENSA, porque se trata de una ventaja atribuida al cónyuge: «lo que puede hacer directamente el causante». FLORENSA I TOMÀS, «La facultad de mejorar concedida al cónyuge supérstite por el testador: el nuevo artículo 831 Cc», en BELLO JANEIRO (coord.), *Protección Jurídica y patrimonial de los discapacitados*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2005, pp. 118 y 119.

¹⁵⁷ Apartado VII, d).

¹⁵⁸ ROCA GUILLAMÓN, «Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar (Notas al artículo 831 del Código civil -Ley 41/2003)», en GONZÁLEZ PORRAS y MÉNDEZ GONZÁLEZ (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, t. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, p. 4284.

¹⁵⁹ DÍAZ ALABART, al estudiar «El impacto de la modificación del art. 808.3 Cc en la facultad concedida al cónyuge supérstite de mejorar a los hijos o descendientes comunes (art. 831 Cc)», en «La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor del hijo o descendiente incapacitado judicialmente (Art. 808 Cc, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre)», *Revista de Derecho Privado*, mayo-junio, 2004, en especial, pp. 268 y 269. Para la autora, «Si el testador puede constituir ese fideicomiso, ¿por qué no va a poder hacerlo también el cónyuge superviviente?». Sigue la misma doctrina en: «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*, núm. 3/2006 (BIB:2006\385) —en línea—.

gananciales¹⁶⁰. La cuestión se planteó por la SAP Madrid 461/2015, Sección 12.^a, de 30 de diciembre de 2015¹⁶¹, que resolvió que el cónyuge puede liquidar unilateralmente la sociedad de gananciales; consideró la Sentencia que no estamos ante un supuesto de autocontratación, pues se trata de una facultad concedida al cónyuge por el propio artículo 831 CC. Al comentar este fallo y desde la experiencia notarial, ESPÍNEIRA SOTO, realiza la siguiente observación: dada la postura de la citada Sentencia, caben dos vías para afrontar esta cuestión en los testamentos si bien se inclinó, «por razones de prudencia», por la segunda: Cláusula 1.^a.- El testador faculta a su cónyuge para liquidar la sociedad de gananciales sin intervención de los herederos y legitimarios y salva cualquier posible conflicto de intereses que se pudiese percibir en la formación de inventario, avalúo, liquidación de la sociedad de gananciales, en su caso, y en la ejecución de cuantas facultades se le confieren en el presente testamento. Cláusula 2.^a.- El testador nombra a ** y en defecto de éste a **, contador-partidor, con la exclusiva función de liquidar la sociedad de gananciales si el viudo-fiduciario se lo pide¹⁶².

Recientemente, se ha dado una respuesta positiva a esta facultad del fiduciario por la RDGSJFP 7553/2022, de 20 de abril¹⁶³, al disponer que «En definitiva, las amplias facultades del fiduciario no se entienden si no se incluye la facultad de liquidar los bienes comunes unilateralmente, con excepción de la colisión de intereses; en otro caso, el precepto puede, por lo que se refiere a las facultades, quedar vacío de contenido. De acuerdo con esta interpretación, el viudo podrá liquidar por sí solo la sociedad conyugal, y, como además puede satisfacer las legítimas con sus propios bienes (esos propios bienes pueden ser los resultantes de la liquidación de la sociedad conyugal), tiene unas facultades enormes»¹⁶⁴.

Desde la órbita notarial, ESPÍNEIRA SOTO observa como en Derecho civil estatal esta institución no solo se emplea como modo de protección de un hijo con discapacidad; de hecho, la regulación sustantiva no hace referencia alguna a este supuesto por lo que no existe inconveniente en hacer uso de este precepto para cumplir otros objetivos; tiene encaje cómodo esta institución en la orientación seguida por las reformas de los Derechos sucesorios de nuestro entorno en las cuales se aúna a una mayor libertad de testar, el fortalecimiento de la posición del cónyuge sobreviviente que pasa a ser gestor del patrimonio familiar, cónyuge al que se atribuye en nuestro Estado, generalmente, el usufructo universal/gerencial. Concluye la notaria, con la que convengo, que «Esta delegación a favor del supérstite combinada con el legado de usufructo

¹⁶⁰ VALLET niega esta posibilidad, al pronunciarse sobre la facultad de distribuir del cónyuge viudo, que «no comprende la facultad de liquidar la sociedad conyugal». VALLET DE GOYTISOLO, «Comentario al artículo 831 del Código civil», en ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. XI. *Artículos 806 a 857*, Madrid, Ediciones de Derecho Reunidas (EDERSA), 1982, p. 417.

¹⁶¹ ECLI:ES:APM:2015:18377. Adviértase que el recurso de casación contra esta SAP Madrid 461/2015, ha sido resuelto por la STS 293/2019, Sala 1.^a de lo Civil, de 24 de mayo (ECLI:ES:TS:2019:1634), pero la cuestión relativa a la validez de la liquidación de gananciales no fue recurrida en casación.

¹⁶² ESPÍNEIRA SOTO. Inmaculada, «Reflexiones prácticas sobre el artículo 831 del Código Civil»: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficinanotarial/varios/reflexiones-practicas-sobre-el-articulo-831-del-codigo-civil/>, de 22 de mayo de 2016 [última consulta: 20.02.2023].

¹⁶³ RJ 2022\3559.

¹⁶⁴ MARIÑO PARDO, al referirse a esta RDGSJFP, plantea la cuestión de si la facultad del fiduciario de liquidar unilateralmente la sociedad de gananciales incluye casos de cónyuges casados en régimen de separación con bienes en proindiviso, a su juicio, que comparto: una interpretación flexible de la norma justificaría que el cónyuge con facultades delegadas adjudicase por esta vía la totalidad del bien proindiviso. MARIÑO PARDO, «Algunas cuestiones generales sobre la fiducia sucesoria o delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de diciembre de 2015», *Iuris Prudente. Blog de Derecho privado, desde la perspectiva notarial y registral*. En: <http://www.iurisprudente.com/2017/06/algunas-cuestiones-generales-sobre-la.html>, 8 de junio de 2017 [última consulta: 20.02.2023].

universal de viudedad, es *arma poderosa*¹⁶⁵. Hasta que el cónyuge supérstite ejercite sus facultades, *toda su vida*, no se sabe qué descendientes serán designados, ni la concreta cuota de cada hijo/descendiente; por tanto, no cabe hablar de gravamen o de vulneración de la *intangibilidad cualitativa* de la legítima puesto que, por expresa disposición de la Ley, que así se lo permite al causante, la fijación de la legítima en el supuesto de que la cuota de un hijo, por la voluntad del cónyuge sobreviviente, se concretase en ella, «está retardada» y «se retarda» su pago, además, la autora realiza una práctica precisión, a saber: «Se prevé en el testamento una disposición alternativa para el supuesto de conmorencia de los cónyuges, premoriencia del cónyuge fiduciario o no ejercicio de las facultades por parte de éste»¹⁶⁶.

Además, tal fiducia sucesoria puede incorporar los cuidados, no solo a la persona con discapacidad, o vulnerable, sino también al propio cónyuge fiduciario. Piénsese, por ejemplo, que el cónyuge supérstite, al ejercitar su facultad, atribuye bienes o derechos a uno de los hijos comunes, con la condición o, en su caso, modo o carga, de cuidar a su hermano, persona con discapacidad, condición que puede configurarse como resolutoria. En este sentido, la RDGRN 3546/2020, de 18 de diciembre¹⁶⁷, después de reconocer que «[...] las facultades de este delegado o fiduciario del artículo 831 del Código civil son enormes», entre las facultades que destaca incluye, precisamente, que el fiduciario «puede hacer atribuciones sujetas a modo o carga» (FD 7)¹⁶⁸. Además, ya que la facultad de mejorar y distribuir la herencia entre los descendientes comunes puede ser vitalicia, durante toda la vida del cónyuge viudo, en esta situación de interinidad, puede seguir disfrutando de los bienes del difunto y de los suyos propios, dilatando la liquidación de la sociedad conyugal.

En efecto, es posible que el cónyuge supérstite fiduciario realice mejoras o atribuciones —para lo que está facultado por el art. 831 CC— condicionadas a que lo cuiden, porque, como se ha anticipado, entre sus facultades está, como dice el Centro Directivo, la de sujetar las atribuciones a modo o carga, que puede ser de cuidar. Destaco la opinión al respecto de FLORENSA, cuando al estudiar esta facultad prevista por el artículo 831 CC, apunta una interesante perspectiva para la comprensión del precepto: al admitir que la figura puede tener por objetivo no tanto proteger al descendiente con discapacidad o no, como al cónyuge supérstite «frente al eventual proceder de los descendientes comunes [...], la posibilidad de que el cónyuge supérstite sea quien determine el destino de parte de la herencia de su cónyuge difunto le puede garantizar una mejor atención

¹⁶⁵ Obsérvese como no resulta infrecuente la atribución, junto con la facultad testatoria del usufructo universal, sobre todo, tratándose de causantes con vecindades civiles correspondientes a Derechos autonómicos con Derecho civil propio. Así, en un caso de un causante con vecindad civil foral vasca, además del poder testatorio concedido de forma vitalicia, legó a su esposa el usufructo universal y vitalicio de todos los bienes de la herencia —RDGRN 18 diciembre 2019 (RJ 2020\801)— y en un supuesto de causante de vecindad civil gallega, tras legar a su esposa el usufructo universal vitalicio dispuso a su favor un poder testatorio que podía ejercitar *inter vivos* y *mortis causa* hasta su fallecimiento —RDGSJFP 7553/2022, 20 abril (RJ 2022\3559)—.

¹⁶⁶ ESPÍNEIRA SOTO, «Reflexiones prácticas sobre el artículo 831 del Código Civil»: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficinanotarial/varios/reflexiones-practicas-sobre-el-articulo-831-del-codigo-civil/>, de 22 de mayo de 2016 [última consulta: 20.02.2023].

¹⁶⁷ RJ 2020\801.

¹⁶⁸ No en vano, el negocio jurídico *mortis causa* constituye el principal campo de aplicación de las *modalidades accesorias* (de la condición, el término y el modo), como dispone el artículo 790 CC «Las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición». Por lo que atañe a la institución modal, como señala LACRUZ, «A veces una atribución *mortis causa* al heredero o legatario entraña, a través de estos, pero por orden e imposición del causante, un beneficio a terceras personas o un servicio a intereses personales del atribuyente o el propio sucesor». LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís (et al.), *Elementos de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones* (5.ª ed.), Bosch, Barcelona, 1993, p. 283.

en la última etapa de su vida, sobre todo si él es el discapacitado [...]»¹⁶⁹. Así pues, el hecho de que el causante haya delegado en el fiduciario *facultades enormes* de mejorar y de realizar las más amplias atribuciones, asegura que los descendientes comunes no pueden descuidar su buen comportamiento, mediante atenciones y cuidados al fiduciario supérstite, porque, en otro caso, con toda probabilidad, no serán destinatarios finales de la mejora o de las atribuciones. Por algo, GARCÍA GOYENA, al comentar el precepto considerado como precedente del artículo 831 CC, el artículo 663 del Proyecto de Código civil de 1851¹⁷⁰, señalaba que los efectos de la cláusula eran «muy saludables», porque mantenían el respeto y dependencia de los hijos particularmente hacia su madre viuda; y se conservaba así la «disciplina doméstica»¹⁷¹.

La LDCG permite otorgar el poder testatorio en capitulaciones matrimoniales (art. 197 LDCG)¹⁷², mientras que, en el Código civil, tras la reforma por la tan citada Ley 41/2003, únicamente puede otorgarse en testamento. Como observa ESPÍNEIRA SOTO, en la práctica notarial gallega, artículo 200. 2 LDCG¹⁷³, si el viudo hace uso de sus facultades por acto *inter-vivos* y adjudica los bienes de la sociedad conyugal disuelta a un descendiente o a más de uno —no es necesario que comparezcan en la escritura los no adjudicatarios— se hace constar, habitualmente, que lo hace en cuanto a una mitad en su calidad de comisario, en ejercicio de las facultades encomendadas por el cónyuge difunto, en escritura denominada de atribución de bienes en ejercicio de la fiducia y en cuanto a la otra mitad por su propio derecho, como donación o como pacto sucesorio. Bajo el soporte documental de una escritura pública se formaliza un negocio unitario complejo en el que se unen una adjudicación o atribución dispositiva y una donación o pacto sucesorio. Advierte la notaria que lo usual, no obstante, es que las facultades las ejercite el comisario en su testamento en el que dispone, además, de su propio patrimonio ordenando, de ordinario, una partición conjunta y unitaria¹⁷⁴.

Como límites al poder testatorio concedido al cónyuge supérstite —o, en su caso, a la persona con descendencia común (ex art. 831.6 CC), o a la pareja de hecho (ex DA Tercera LDCG)—,

¹⁶⁹ FLORENSA I TOMÀS, «La facultad de mejorar concedida al cónyuge supérstite por el testador: el nuevo artículo 831 Cc», en BELLO JANEIRO (coord.), *Protección Jurídica y patrimonial de los discapacitados*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2005, p. 119.

¹⁷⁰ Norma que permitía pactar válidamente en capitulaciones matrimoniales, que, muriendo intestado uno de los cónyuges, pudiese el viudo o viuda que no hubiese repetido matrimonio «distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el difunto».

¹⁷¹ GARCÍA GOYENA, «Comentario al artículo 663 del Proyecto de Código civil de 1851», *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Ed. Cometa, Zaragoza, 1974, p. 357.

¹⁷² Las capitulaciones matrimoniales, como ocurre en el Código civil (art. 1327), como dice la Ley gallega, «deberán formalizarse necesariamente en escritura pública» (art. 173 LDCG), la intervención notarial supondrá una garantía, en especial, si se otorgan por persona con discapacidad, ya que en capítulos intervendrá necesariamente el otro cónyuge y una eventual medida de apoyo y, respecto de estas últimas, puede haber abusos, conflicto de intereses o influencias indebidas, por lo que el notario será la salvaguardia idónea. Recuérdese que con la Ley 8/2021, se deroga el artículo 1330 CC, que limitaba la facultad de otorgar capítulos al «incapacitado», precepto suprimido por el artículo 2.55 de la citada Ley.

¹⁷³ Dispone el artículo 200 LDCG que «1. El comisario podrá adjudicar los bienes del difunto: 1.º En acto particional inter vivos, total o parcial, determinando el título por el que los bienes se atribuyen. Las adjudicaciones inter vivos, unilaterales o no, serán irrevocables, transmitiendo la propiedad y posesión de los bienes por la aceptación del hijo o descendiente. 2.º Por actos mortis causa, sea en testamento otorgado por el cónyuge en condición de comisario del causante o sea en testamento por el que el comisario dispone además de sus propios bienes. Las adjudicaciones hechas en testamento serán revocables. 2. Las adjudicaciones podrán comprender no sólo bienes privativos del causante, sino también de la disuelta sociedad de gananciales. Si las adjudicaciones comprendieran bienes de la sociedad de gananciales se imputará su valor por la mitad a los respectivos patrimonios».

¹⁷⁴ ESPÍNEIRA SOTO, «Reflexiones prácticas sobre el artículo 831 del Código Civil»: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficinotarial/varios/reflexiones-practicas-sobre-el-articulo-831-del-codigo-civil/>, 22 de mayo de 2016 [última consulta: 20.02.2023].

además, de que las facultades delegadas se circunscriban a los hijos y descendientes comunes, se exige el respeto, tanto a las disposiciones que haya realizado el causante, como a la legítima estricta (ex art. 831.3 CC). En este sentido, la LDCG, dispone en su artículo 198 que «Además de las legítimas, en el ejercicio de la facultad testatoria el comisario habrá de respetar las disposiciones del cónyuge atribuyente». Ahora bien, como observa ESPINOSA DE SOTO, la exigencia legal de respetar las legítimas hay que entenderla en clave del sistema de legítimas que la propia Ley regula, ya que el sistema de legítimas que regula la LDCG implica un cambio cualitativo importante respecto al Derecho civil estatal, porque si bien en el Código civil se puede hablar con propiedad de una limitación a la facultad de disponer (art. 806 CC), ya que se recoge una legítima del tipo *pars bonorum*, la legítima de los descendientes en la LDCG se configura como un derecho de crédito del que ha de responder el heredero, tanto si lo paga en bienes de la herencia como si lo abona en dinero —incluso en metálico extrahereditario [arts. 246 y 248 LDCG]—: «En este sentido puede decirse que en la ley vigente toda la herencia es de libre disposición, *sin perjuicio de las legítimas*, entendiendo este sin perjuicio como la responsabilidad personal por la deuda legitimaria». Al aplicar esta configuración de las legítimas a la institución del testamento por comisario, concluye que el comisario podrá organizar la distribución de los bienes del causante con plena libertad de adjudicación, abarcando la totalidad de la herencia sin necesidad de reservar cuota alguna a los legitimarios y la adjudicación de los bienes lleva inherente la carga de pagar las legítimas por valor de una cuarta parte, con responsabilidad del heredero¹⁷⁵.

Una cuestión que resulta recurrente en doctrina y jurisprudencia es la relativa al momento del pago de la legítima estricta de los descendientes comunes, cuando se hace uso del poder testatorio del artículo 831 CC. Destaco la STS 293/2019, Sala 1.ª de lo Civil, de 24 de mayo¹⁷⁶, al estimar que en aplicación de los principios del sistema sucesorio del Código civil, hay que resaltar que la legítima estricta (entre otros, arts. 806, 808 y 815 CC) constituye un derecho básico del legitimario cuyo pago no puede quedar sujeto a plazo por el testador, salvo en los casos que expresamente lo disponga la propia norma. Supuestos, entre otros, del artículo 1056 CC, caso de la preservación indivisa de una explotación, o del artículo 844 CC, caso del pago de la legítima en metálico. Así, concluye que «En consecuencia, en el presente caso, una vez abierta la sucesión del causante, tras su fallecimiento [...], disuelta y liquidada la sociedad de gananciales con las correspondientes adjudicaciones a la viuda y a la masa hereditaria, y determinada la cuantía de la legítima estricta [...], procede el pago de esta sin excepción de plazo alguno [...]». Desde la perspectiva del Derecho civil de Galicia, destaco la opinión de ESPINOSA DE SOTO, cuando al estudiar la situación de interinidad de la herencia en tanto en cuanto no se ejercite por el comisario la facultad testatoria (ex art. 201 LDCG) y al plantearse la cuestión de si pueden los legitimarios reclamar las legítimas, estima que el responsable de su pago es el heredero, que además tiene reservada en exclusiva la decisión sobre si paga en metálico o en bienes de la herencia; por lo tanto, dice, mientras no haya herederos designados la reclamación contra ellos no es posible y concluye que «Por lo tanto el hecho de que la herencia esté en administración es suficiente para imponer el aplazamiento de la posible reclamación de las legítimas»¹⁷⁷.

5.4. La dispensa de colación de los gastos para cubrir las necesidades especiales de hijos o descendientes requeridas por su situación de discapacidad (ex art. 1041.2.º CC)

¹⁷⁵ ESPINOSA DE SOTO, «Comentario a los artículos 196 a 202 LDCG: Del testamento por comisario», en REBOLLEDO VARELA (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 842 y 843.

¹⁷⁶ ECLI:ES:TS:2019:1634. Doctrina que se reitera en la RDGRN 3546/2020, de 18 de diciembre (RJ 2020\801) y en la RDGSJFP 7553/2022, de 20 de abril (RJ 2022\3559).

¹⁷⁷ ESPINOSA DE SOTO, «Comentario a los artículos 196 a 202 LDCG: Del testamento por comisario», en REBOLLEDO VARELA (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 862-864.

Uno de los instrumentos jurídicos que favorecerán a la persona con discapacidad es la dispensa de colación establecida legalmente por el párrafo segundo del artículo 1041 CC, si bien se circunscribe únicamente a hijos o descendientes con discapacidad. El precepto trae su origen de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, que, en su Exposición de Motivos, aclara que «Se introduce un nuevo párrafo al artículo 1041 del Código civil a fin de evitar traer a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes, entendiéndose por éstos cualquier disposición patrimonial, para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad» (apartado VII, e).

La norma, de nuevo, es objeto de modificación por la Ley 8/2021¹⁷⁸, dispone el artículo 1041 CC en su párrafo primero que «No estarán sujetos a colación los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, ni los regalos de costumbre» y en su párrafo segundo que «Tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los progenitores y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes requeridas por su situación de discapacidad»¹⁷⁹. Como observa TORRES GARCÍA, aunque los dos apartados se encuentren ubicados en el mismo precepto, los gastos contemplados en uno y en otro difieren, «pero no son incompatibles», ya que ante un hijo o nieto con discapacidad, cubiertas las necesidades del párrafo primero con la obligación de alimentos, es menester que se atienda «pero ya sin los parámetros de cuantía y necesidad, artículo 146 CC, a todas aquellas que por la discapacidad que sufre vienen requeridos y que pueden suponer desembolsos extraordinarios de ahí que vengan acompañadas de la calificación de especiales, lo que no impide que sean habituales y diversas»¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Artículo segundo, apartado cuarenta y tres de la Ley 8/2021.

¹⁷⁹ La comprensión del precepto requiere conocer el concepto de «discapacidad» al que alude el párrafo segundo del artículo 1041 CC, por la remisión que a la norma hace la nueva Disposición Adicional Cuarta del Código civil —modificada por el artículo 2, apartado sesenta y siete—, al disponer que «La referencia a la discapacidad que se realiza en los artículos 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la 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, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia». Por consiguiente, hay que acudir al artículo 2.2 de la Ley 41/2003, que considera que «A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento. b) Las que presenten una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento». También existe una remisión a la Ley 39/2006, y como señala su Exposición de Motivos: «El reto no es otro que atender las necesidades de aquellas personas que, por encontrarse en situación de especial vulnerabilidad, requieren apoyos para desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria, alcanzar una mayor autonomía personal y poder ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía». Los grados II y III de dependencia a los que se refiere la citada DA Cuarta CC, se describen en el artículo 26.1 de la Ley 39/2006, que con la rúbrica «grados de dependencia», considera como Grado II (apartado b): la «Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal» y como Grado III (apartado c): la «Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal». Ampliamente, en relación con el alcance de la reforma del precepto, APARICIO VAQUERO, «Comentario al artículo 1041 CC», en GARCÍA RUBIO y MORO ALMARAZ (dirs.) y VARELA CASTRO (coord.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2022, pp. 593-600. La doctrina cita como ejemplos de gastos habituales: la adquisición de un vehículo adaptado o las reformas de la vivienda. Así, REPRESA POLO, «Comentario al artículo 1041 CC», en GUILARTE MARTÍN-CALERO (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Serie Derecho de la discapacidad* (vol. III), Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p. 968.

¹⁸⁰ TORRES GARCÍA, «La no colación de los gastos hechos para cubrir las necesidades de los hijos y descendientes discapacitados», en BELLO JANEIRO (coord.), *Protección Jurídica y patrimonial de los discapacitados*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2005, p. 364.

La doctrina es pacífica al considerar que el artículo 1041 CC no es una excepción a la regla general de obligación de colacionar, porque esta se aplica a las liberalidades que el causante hubiera hecho en vida, mientras los gastos relacionados en dicho precepto no son liberalidades¹⁸¹, sino que proceden del cumplimiento de la obligación de prestar alimentos (art. 142 CC), bien por razón de minoría de edad del alimentista o por su estado de necesidad.

Convengo con DÍAZ ALABART cuando, al referirse a la redacción dada por la Ley 41/2003 al artículo 1041.2.º CC, no entendía bien por qué no se ha extendido la no colacionabilidad de gastos para cubrir necesidades de los discapacitados cuando son cónyuge o ascendientes del causante¹⁸². La nueva redacción del precepto por la Ley 8/2021 fue una oportunidad perdida, ya que sigue sin incluir entre los beneficiarios de la no colación a cónyuge y ascendientes, y solo alude expresamente a hijos y descendientes, respecto de padres y ascendientes. Ahora bien, estimo que podría salvarse ese olvido del legislador, de no incluir los gastos de cónyuge y de ascendientes del causante en situación de discapacidad, por medio del primer párrafo del citado precepto, que no establece límites subjetivos entre legitimarios y, en especial, por el amplio alcance de la norma, que incluye los gastos de alimentos (y es sabido el concepto omnicomprendido de alimentos [ex arts. 142 ss. CC]) y de «curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias»¹⁸³. Así es que sigo reivindicando, la necesaria inclusión en el ámbito de la norma de las personas vulnerables, para así, no sujetar a colación los gastos realizados para cubrir las necesidades de personas «en situación de vulnerabilidad»¹⁸⁴.

6. La función del notario como apoyo institucional e intérprete de la voluntad, los deseos y las preferencias de las personas con discapacidad o vulnerables

En el modelo de apoyos que instaura la Ley 8/2021, si hay una figura decisiva es la del notario. El reconocimiento definitivo de su papel esencial se produce con la Circular informativa 3/2021 de

¹⁸¹ Aunque sí lo son los «regalos de costumbre» a los que alude el artículo 1041 CC, pero en este caso, la razón de no traerlos a colación es que su cuantía no sea elevada, en consideración a la posición socioeconómica de quien los da y de quien los recibe. Ampliamente, con relación a esta cuestión, DÍAZ ALABART, «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*, núm. 3/2006 (BIB:2006\385) — en línea—.

¹⁸² DÍAZ ALABART, *ibidem*.

¹⁸³ Párrafo primero del artículo 1041 CC que fue el que, en definitiva, se aplicó, en el caso enjuiciado por la SAP Castellón 75/2005, Sección 3.ª, de 11 de febrero (ECLI:ES:APCS:2005:137), para no colacionar los gastos realizados por la hija del causante (ciego y al que se le había amputado una pierna), ya que aun dada su situación de discapacidad, por tratarse de un ascendiente, no procedería la aplicación del párrafo segundo de la norma.

¹⁸⁴ Al mismo tiempo, creo que debe procederse con cautela en la aplicación del párrafo segundo del artículo 1041 CC; pero sin favorecer una aplicación restrictiva de la norma, como ocurrió en el caso resuelto por la SAP Málaga 426/2017, Sección 5.ª, de 6 de septiembre (ECLI:ES:APMA:2017:2507), que estimó la procedencia de la obligación de colacionar, por no constar que determinadas transferencias bancarias realizadas en beneficio de una legítima fueran para dar cobertura a «necesidades especiales por razón de discapacidad», como exige el artículo 1041.2.º CC, ya que «el hecho de la discapacidad no es suficiente para que todo gasto relacionado con esa persona quede fuera de la colación». No obstante, en el Auto AP Cádiz 229/2016, Sección 2.ª, de 1 de septiembre (ECLI:ES:APCA:2016:696A), a pesar de la oposición de los hermanos y de la madre de la persona con discapacidad, que habían interesado la inclusión en el inventario de los bienes del causante el valor o los propios bienes de su sobrina y nieta, respectivamente (su padre, persona con discapacidad, había fallecido solo cuatro días antes que el causante de la herencia). Se aplica el párrafo segundo del artículo 1041 CC, estima el Tribunal que no parece que haya demasiados problemas para identificar la disposición de una vivienda a falta de otro medio para procurarse la habitación con una necesidad especial: «De admitirse la tesis que ha quedado expuesta, el problema se trasladaría de la dispensa de colación a la innecesidad legal de colacionar bienes (o atribuciones patrimoniales indirectas) hechas a favor de discapacitados, siempre con el mismo resultado cara a la resolución del presente litigio» (FD Primero).

la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad, que considera a los notarios como «un verdadero apoyo institucional»; además, añade que: «No hay que olvidar que el apoyo notarial constituye un cauce para el ejercicio de un derecho fundamental como es la capacidad jurídica vinculado a la dignidad de la persona humana. Estamos ante una cuestión de derechos humanos».

Estimo que el notario es, no solo, como dice la Circular 3/2021, un «verdadero apoyo institucional», sino, además, una *salvaguardia* de la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona con discapacidad, para evitar abusos, conflictos de intereses o influencias indebidas.

Si desde la Ley de la Jurisdicción Voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio) fue muy destacado el papel protagonista del notario, significativamente en el ámbito del Derecho de familia¹⁸⁵; pero, también, en el Derecho de sucesiones¹⁸⁶, que es el que nos ocupa en este trabajo, la intervención notarial en los más diversos actos y negocios familiares y sucesorios se incrementa a raíz de la entrada en vigor de la Ley 8/2021.

La intervención del notario en el Derecho de sucesiones de las personas vulnerables y con discapacidad resulta inestimable, tanto como medida de apoyo institucional como de salvaguardia. Es función esencial del notario en el nuevo sistema la de posibilitar la toma de decisiones y, a la postre, la de emitir un juicio de capacidad natural, juicio especialmente sensible en el actual modelo. En tal sentido, comparto las consideraciones de la citada Circular 3/2021, del Consejo General del Notariado, cuando, además de señalar que «en el caso de la persona con discapacidad, el notario deberá ayudar a que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias. Se trata de un imperativo ético y legal [...]», declara que «la previsión relativa al testamento de la persona con discapacidad del artículo 665 CC» —que dispone que «El notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole—, «es aplicable con carácter general a todo otorgamiento».

Es un hecho constatado que a lo largo de la trayectoria vital de las personas con discapacidad o de las personas vulnerables son numerosos los actos que demandarán la conveniencia de la intervención del notario, bien sea como apoyo o como salvaguardia¹⁸⁷. En efecto, son

¹⁸⁵ En efecto, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria incorporó la posibilidad de que el notario, titular de la fe pública extrajudicial, intervenga, no solo en el momento de la autorización del matrimonio, a través de la tramitación del acta previa a la celebración del matrimonio (arts. 51.1 CC y 58.2 LRC) —véase la Instrucción DGSJFP de 3 de junio de 2021, sobre la tramitación del procedimiento de autorización de matrimonio ante notarios—; sino también en el de su celebración (arts. 51.2 CC y 58.1 LRC); asimismo, destaca la intervención notarial ante las crisis matrimoniales, ya que cuando la separación o el divorcio son consensuales, pueden ser tramitados por el notario en los términos dispuestos por los artículos 82 y 87 CC. Siguiendo en el ámbito del Derecho de familia, puede interesarle a la persona con discapacidad otorgar capitulaciones matrimoniales, negocio para el que está perfectamente facultada por la desaparición de la interdicción que le impedía contratar (art. 1263 CC) y en coherencia con la supresión del artículo 1330 CC; capitulaciones, que requieren, como es sabido, forma constitutiva: el otorgamiento de escritura pública (arts. 1327 CC y 173 LDCG) y, otra vez, aquí será crucial la presencia del notario, por el previsible conflicto de intereses que podría existir, por ejemplo, al otorgar capitulaciones matrimoniales, cuando una de las partes sea una persona con discapacidad, en cuyo caso, el notario, además de «apoyo institucional» puede ser la pertinente salvaguarda frente a los posibles abusos del otro cónyuge o del propio titular del apoyo.

¹⁸⁶ En este ámbito, del Derecho de sucesiones, es bien conocida la ampliación que con la Ley de la Jurisdicción Voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio) se opera en el alcance del acta notarial de notoriedad, como título de la sucesión hereditaria a los efectos del Registro, para la declaración de herederos abintestato de descendientes, ascendientes, cónyuge, pareja de hecho y colaterales hasta el cuarto grado (arts. 14.1 Ley Hipotecaria y 55.1 Ley del Notariado).

¹⁸⁷ La intervención notarial, de nuevo, resulta decisiva por ser el artífice de las actas notariales de notoriedad. Al respecto de este tipo de instrumento notarial, ya había resaltado, al estudiar el acta notarial de notoriedad, «la

considerables los actos, o bien los negocios jurídicos, que requerirán para su validez el otorgamiento de escritura pública notarial. Piénsese, por ejemplo, que la persona, en previsión de una discapacidad, se decanta por medidas voluntarias de apoyo y decide otorgar poderes preventivos o designar un curador (autocuratela), cuya constancia requiere escritura pública (arts. 260 y 271 CC, respectivamente). Todo sin perjuicio de que el notario pueda recabar la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales (en los términos previstos por los arts. 56.2 CC y 25 LN). Asimismo, la intervención notarial será imprescindible, si se aplica la legislación gallega, así, por ejemplo, al otorgar disposiciones testamentarias especiales (relativas a los cuidados, ex arts. 203 y 204 LDCG); o en el otorgamiento de un pacto de mejora (por ejemplo, con la condición de cuidar), pacto sucesorio que deberá formalizarse en escritura pública (art. 211 LDCG) y, también, si se otorga una facultad testatoria, designando comisario¹⁸⁸, poder testatorio otorgado al comisario, tanto en capitulaciones matrimoniales como en testamento (art. 197 LDCG), capítulos y testamento, negocios para cuya validez se requiere presencia notarial —arts. 173 y 183 LDCG—.

Por lo demás, el notario, además de «verdadero apoyo institucional», como reconoce la tan citada Circular 3/2021, puede ser la *salvaguardia* precisa para, como dice la Convención de las Naciones

conveniencia de su revitalización en el tráfico jurídico» —NIETO ALONSO, «El acta notarial de notoriedad: la conveniencia de su revitalización en el tráfico jurídico. Algunas de sus aplicaciones frecuentes y relevantes», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 770, 2018, pp. 3003 a 3069—. Pues bien, la citada Circular informativa 3/2021 de la comisión permanente del Consejo General del Notariado, resalta la función notarial en el nuevo modelo de la discapacidad como «verdadero apoyo institucional» y concede un papel decisivo al acta notarial al destacar, por ejemplo, que «parece recomendable que el notario refleje, en su caso, en la correspondiente acta su colaboración o apoyo para que la persona con discapacidad desarrolle su propio proceso de toma de decisiones. [...]», y continúa señalando que «tratándose de guarda de hecho voluntaria, será aplicable la recomendación anteriormente realizada en el sentido de reflejar la prestación del apoyo en acta notarial». Y, por si fuera poco el valor reconocido a las actas notariales de notoriedad, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en este contexto de disposiciones testamentarias subordinadas a la condición de cuidar, les reconoce expresamente un «valor probatorio», a efectos de acreditar el cumplimiento (o incumplimiento) de una condición (de cuidar a la testadora), en este sentido, se pronunció la RDGRN 7882/2016, de 13 de julio (RJ 2016\5250) y, con fundamento en esa Resolución, la RDGRN 10994/2016, de 27 de octubre (RJ 2016\6043), afirma que «Es doctrina de este Centro Directivo [...], que puede determinarse si se ha cumplido la condición [en el caso resuelto, de cuidados a la causante] mediante el acta de notoriedad recogida en el artículo 209 del Reglamento Notarial» (FD 3). En el caso de esta RDGRN de 27 de octubre de 2016, debe decidirse en el expediente si es o no inscribible una escritura de adjudicación de herencia en la que concurren, en esencia, las circunstancias siguientes: las disposiciones testamentarias de la causante son que para el caso de que la testadora fallezca en su domicilio y esté al cuidado de sus hermanos, colectivamente, o de cualquiera de ellos, instituye herederos por partes iguales a sus tres citados hermanos, o al que resulte de ellos en cuidar y prestar atenciones a la testadora y nombra albaceas a sus citados hermanos. Ocurre que han premuerto dos de los hermanos que son instituidos herederos y otorga la escritura el único que sobrevive adjudicándose los bienes; el compareciente manifiesta que atendió a su hermana hasta el final de sus días y se ocupó de su cuidado y atención personal; requiere al notario para que recoja las manifestaciones de los hijos de los hermanos fallecidos que testifican manifestando que declaran como testigos, en condición de sobrinos de la testadora, y acreditan que sus respectivos padres premurieron a la misma, manifiestan que conocían a la causante y al compareciente, así como que es el único hermano que se ha ocupado de la causante en su cuidado y atención personal hasta el final de sus días y reconocen como cierto cuanto se expresa en la escritura. La registradora señala como defecto que no queda acreditada la condición de heredero del compareciente con su sola manifestación y de los testigos. Pues bien, aunque en esta Resolución se recuerda que el Centro Directivo tiene manifestado que «puede determinarse si se ha cumplido la condición [de cuidados] mediante el acta de notoriedad recogida en el artículo 209 del Reglamento Notarial» (RDGRN 13 de julio de 2016), declara que en este expediente, no consta en la escritura la declaración de notoriedad por parte del notario autorizante, que se ha limitado a recoger las manifestaciones de los testigos y la documentación aportada, pero no ha hecho expresión de estimar justificada la notoriedad pretendida o al menos declararlo notorio a la vista de las manifestaciones y pruebas aportadas y, por lo tanto, concluye que «El acta está inconclusa, por lo que no se ha dado debido cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 209 del Reglamento Notarial».

¹⁸⁸ Recuérdese que es posible que el comisario (fiduciario) realice las mejoras o atribuciones condicionadas a los cuidados, dadas sus *facultades enormes*.

Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad —hecha en Nueva York, el 13 de diciembre de 2006¹⁸⁹—: «impedir los abusos» y para asegurar que «las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona» (art. 12.4). Recuérdese que la persona con discapacidad puede prever «las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida» (art. 255.3.º CC).

El notario, en la interpretación testamentaria tiene una función decisiva, singularmente, en el momento de plasmar la voluntad testamentaria en el testamento, atinadamente CASTÁN TOBEÑAS reconoce la «obligación» que tiene el notario «de llevar al documento la más fiel expresión de la voluntad de las partes»¹⁹⁰. Por lo tanto, estimo, como ya he anticipado, que si bien, a los herederos, al albacea o a los tribunales les corresponde la labor de interpretar la voluntad del causante, tras su fallecimiento, en el momento anterior a su fallecimiento, fase del otorgamiento del testamento, el notario será el mejor «apoyo» en la configuración de la *voluntas testatoris* y, por tanto, en la indagación de lo realmente querido por el testador.

En suma, la función del notario es decisiva en el preciso momento de plasmar en el documento testamentario la voluntad real del testador, para evitar el recurso *a posteriori*, de la necesaria interpretación de la voluntad testamentaria, por ejemplo, cuando se trata de dilucidar si una cláusula testamentaria en la que se realizan atribuciones patrimoniales a cambio de cuidados y asistencia se califica como condición, carga modal o legado¹⁹¹. En este sentido, destaca la STS 13/2003, Sala 1.ª de lo Civil, de 21 de enero¹⁹², en la que se evidencia la relevancia de la intervención notarial, al señalar que «[...] una interpretación de la cláusula debatida en el sentido literal de sus palabras, como en primer término establece el art. 675 CC, apenas deja lugar alguno a la duda desde el momento en que, *ante Notario y por tanto sin poder desconocerse la función de éste en relación con la expresión de la voluntad de la testadora*, se omite por completo el término “condición” y, en cambio, se consigna expresamente el concepto de “obligación modal” [...]» (FD Tercero) —la cursiva es añadida—. Ya el Tribunal Supremo en un antiguo fallo, STS, Sala 1.ª de lo Civil, de 3 de julio de 1957, consideró al notario como testigo «de mayor excepción», al indagar la voluntad testamentaria¹⁹³.

7. Bibliografía

¹⁸⁹ Convención de Nueva York, ratificada por España en Instrumento de 23 de noviembre de 2007 (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008).

¹⁹⁰ El jurista observa que en la utilización de los métodos y los instrumentos de aplicación y desenvolvimiento de las fuentes del Derecho «[...] puede moverse el notario con libertad y amplitud mayor que los jueces»; admite la notoria aportación del Notariado «a la evolución de muchas instituciones de Derecho sucesorio» y estudia la que denomina «jurisprudencia notarial» y «el valor normativo de las interpretaciones y las prácticas notariales», CASTÁN TOBEÑAS, *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1946, en especial, pp. 108, 113, 150-159. VALLET, al retomar la doctrina de CASTÁN al respecto de la relevancia de los usos para utilizarlos con la finalidad de interpretar la voluntad del autor, manifestó que tal pauta interpretativa debe tenerla en cuenta el notario «para penetrar en cuál es la intención subconsciente de los otorgantes». VALLET DE GOYTISOLO, «La determinación notarial del Derecho» —Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 4 de mayo de 1995—, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXXV, 1996, p. 508.

¹⁹¹ Muy clarificadora sobre la distinción conceptual entre carga modal y legado, resulta la RDGRN 1/2005, de 19 de mayo (RJ 2005\5615).

¹⁹² ECLI:ES:TS:2003:223.

¹⁹³ ECLI:ES:TS:1957:1343.

ALBALADEJO, Manuel, *La Mejora*, Servicio de estudios del Colegio de Registradores. Fundación *Beneficentia et Peritia Iuris*, Madrid, 2003.

ALBALADEJO, Manuel, *Curso de Derecho civil V Derecho de sucesiones* (séptima edición), Bosch, Barcelona, 1997.

APARICIO VAQUERO, Juan Pablo, «Comentario a los artículos 782, 808 y 813.2.º del Código civil», en GARCÍA RUBIO, M.^a Paz y MORO ALMARAZ, M.^a Jesús (dirs.) y VARELA CASTRO, Ignacio (coord.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2022, pp. 559-583.

APARICIO VAQUERO, Juan Pablo, «Comentario al artículo 1041 CC», en GARCÍA RUBIO, M.^a Paz y MORO ALMARAZ, M.^a Jesús (dirs.) y VARELA CASTRO, Ignacio (coord.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2022, pp. 593-600.

BOTELLO HERMOSA, Pedro, *El derecho real de habitación a favor de la persona con discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.

CAMPS, Victoria, *Tiempo de cuidados. Otra forma de estar el mundo*, Arpa, Barcelona, 2021.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1946.

CICU, Antonio, *El testamento* —Traducción y notas al Derecho español por Manuel Fairén Martínez—, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

DÍAZ ALABART, Silvia, «Derecho de sucesiones y discapacidad», en *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica*, Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 191-238.

DÍAZ ALABART, Silvia «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*, núm. 3/2006 (BIB:2006\385) —en línea—.

DÍAZ ALABART, Silvia, «La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor del hijo o descendiente incapacitado judicialmente (Art. 808 Cc, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre)», *Revista de Derecho Privado*, mayo-junio, 2004, pp. 259-270.

DÍAZ ALABART, Silvia, *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites*, Bosch, Barcelona, 1981.

DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, «Incapacidad para heredar» (Capítulo 32), en LLEDÓ YAGÜE, Francisco/FERRER VANRRELL, M.^a Pilar/EGUSQUIZA BALMASEDA, M.^a Ángeles/LÓPEZ SIMÓ, Francisco (dirs.), *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*, Fundación Notariado, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 915-958.

DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, «Disposiciones testamentarias vinculadas al cuidado del disponente o de terceros», en LLEDÓ YAGÜE, Francisco/FERRER VANRELL, M.^a Pilar/TORRES LANA, José Ángel (dirs.) y MONJE BALMASEDA, Óscar (coord.), *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, t. I, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 285-321.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. Primero. *Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias*, segunda edición [1983] —segunda reimpresión: 1988—, Tecnos, Madrid, 1988.

ESPINOSA DE SOTO, José Luis «Comentario a los artículos 196 a 202 LDCG: Del testamento por comisario», en REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 832-870.

ESPINOSA DE SOTO, José Luis, «Comentario a los artículos 203 y 204 de la Ley de Derecho civil de Galicia», en REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 870-882.

ESPIÑEIRA SOTO, Inmaculada, «Reflexiones prácticas sobre el artículo 831 del Código Civil». En: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/varios/reflexiones-practicas-sobre-el-articulo-831-del-codigo-civil/>, 22 de mayo de 2016 [última consulta: 20.02.2023].

FLORENSA I TOMÀS, Carles Enric, «La facultad de mejorar concedida al cónyuge superviviente por el testador: el nuevo artículo 831 Cc», en BELLO JANEIRO, Domingo (coord.), *Protección Jurídica y patrimonial de los discapacitados*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2005, pp.117-141.

GARCÍA GOYENA, Florencio, «Comentario al artículo 663 del Proyecto de Código civil de 1851», *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Ed. Cometa, Zaragoza, 1974, p. 357.

GARCÍA RUBIO, M.^a Paz, «Comentario al artículo 251 del Código civil», en GARCÍA RUBIO, M.^a Paz y MORO ALMARAZ, M.^a Jesús (dirs.) y VARELA CASTRO, Ignacio (coord.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2022, pp. 239-244.

GARCÍA RUBIO, M.^a Paz, «Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad», *SEPIN. Familia y sucesiones*, tercer trimestre_2021, núm. 136, pp. 45-62.

GARCÍA RUBIO, M.^a Paz, «Relaciones de cuidado y Derecho sucesorio: Algunos apuntes», en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés y GARCÍA RUBIO, M.^a Paz (dirs.) y HERRERO OVIEDO, Margarita (coord.), *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 479-504.

GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, «El nuevo modelo de la discapacidad. La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad», en GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del Carmen (coord.), *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Colegio Notarial de Cataluña, Marcial Pons, Barcelona, 2020, pp. 13-37.

GILLIGAN, Carol, *In a Different Voice. Psychological Theory and Women's Development* [1st. Ed., 33rd. Printing, 1994]. Cambridge: Harvard University Press, Cambridge, 1982.

JORDANO BAREA, Juan B., *Interpretación del testamento*, Barcelona, Bosch, 1958.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, LUNA SERRANO, Agustín, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, RAMS ALBESA, Joaquín, *Elementos de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones* (5.ª ed.), Bosch, Barcelona, 1993.

LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo, «La regulación del fideicomiso de residuo en el Código civil español», *Anuario de Derecho Civil*, 1955, t. VIII, fascículo III, pp. 742-789.

MARIÑO PARDO, Francisco, «Institución de heredero bajo “condición” de cuidados. No sujeción de la eficacia de la institución a la prestación de los cuidados. Respeto a la verdadera voluntad del testador. Distinción entre modo y condición. La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2021», *Iuris Prudente. Blog de Derecho privado, desde la perspectiva notarial y registral*. En: <http://www.iurisprudente.com/2021/04/institucion-de-heredero-bajo-condicion.html>, 8 de abril de 2021 [última consulta: 20.02.2023].

MARIÑO PARDO, Francisco, «La capacidad en el contrato de compraventa de inmuebles. Prohibiciones: el artículo 1459 del Código Civil», *Iuris Prudente. Blog de Derecho privado, desde la perspectiva notarial y registral*. En: <http://www.iurisprudente.com/2020/06/la-capacidad-en-el-contrato-de.html>, 18 de junio de 2020 [última consulta: 20.02.2023].

MARIÑO PARDO, Francisco, «Algunas cuestiones generales sobre la fiducia sucesoria o delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de diciembre de 2015», *Iuris Prudente. Blog de Derecho privado, desde la perspectiva notarial y registral*. En: <http://www.iurisprudente.com/2017/06/algunas-cuestiones-generales-sobre-la.html>, 8 de junio de 2017 [última consulta: 20.02.2023].

MARTÍN MELÉNDEZ, M.ª Teresa, *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, Dykinson, Madrid, 2010.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves, «Institución de heredera con la obligación de cuidar a la testadora hasta su fallecimiento: ¿Condición suspensiva o carga modal? Comentario a la STS de 30 de mayo de 2018 (RJ 2018, 2314)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 109, 2019, pp. 229-260.

MESA MARRERO, Carolina, «Comentario al artículo 753 del Código civil», en GARCÍA RUBIO, M.ª Paz y MORO ALMARAZ, M.ª Jesús (dirs.) y VARELA CASTRO, Ignacio (coord.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2022, pp. 539-544.

MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis, «El modo testamentario y las prohibiciones de disponer», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Teijeiro*, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, 1974, pp. 31-71.

NIETO ALONSO, Antonia, «Disposición testamentaria ordenada a favor de quien cuida al testador: condición suspensiva potestativa de pasado o institución modal. A propósito de la STS 118/2021, de 3 de marzo» (*ECLI:ES:TS:2021:858*), *IDIBE (Instituto de Derecho Iberoamericano)*, *Tribuna*, núm. 4, abril 2023. Disponible en: <https://idibe.org/tribuna/disposicion-testamentaria-ordenada-favor-quien-cuida-al-testador-condicion-suspensiva-potestativa-pasado->

institucion-modal-proposito-la-sts-118-2021-3-marzo-ecliests202185/ [última consulta: 12.04.2023].

NIETO ALONSO, Antonia, «La necesaria incorporación del valor del cuidado al Derecho de la persona y de la familia —con particular atención a los negocios jurídicos propiciadores de cuidados—», en SOLÉ RESINA, Judith (coord.), *Persona, Familia y Género. Liber Amicorum a M.^a del Carmen Gete-Alonso y Calera*, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 221-234.

NIETO ALONSO, Antonia, «El acta notarial de notoriedad: la conveniencia de su revitalización en el tráfico jurídico. Algunas de sus aplicaciones frecuentes y relevantes», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 770, 2018, pp. 3003 a 3069.

NIETO ALONSO, Antonia, *Sustitución fideicomisaria de residuo, usufructo testamentario de disposición y donación. La atribución de facultades dispositivas y la repercusión de la situación de necesidad*, La Ley, Madrid, 2014.

NIETO ALONSO, Antonia, «La disposición testamentaria ordenada a favor de quien cuide al testador o a otras personas por él designadas», en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés y GARCÍA RUBIO, M.^a Paz (dirs.) y HERRERO OVIEDO, Margarita (coord.), *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 1043-1066.

ORS, Álvaro D', *Derecho privado romano* (décima edición), Ediciones Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, 2004.

PAU PEDRÓN, Antonio, «El principio de igualdad y el principio de cuidado, con especial atención a la discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 1, 2020, pp. 3-29.

PEÓN RAMA, Víctor, «Comentario a los artículos 147 a 156 de la Ley de Derecho civil de Galicia», en REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 623-668.

REPRESA POLO, M.^a Paz, «Comentario al artículo 1041 CC», en GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Serie Derecho de la discapacidad* (vol. III), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 965-969.

ROCA GUILLAMÓN, Juan, «Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar (Notas al artículo 831 del Código civil -Ley 41/2003)», en GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel y MÉNDEZ GONZÁLEZ, Francisco P. (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, t. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 4279-4301.

ROCA SASTRE, Ramón María, *Estudios de Derecho Privado*, vol. I, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.

ROCA SASTRE, Ramón María, *Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas*, en la obra de Theodor KIPP, *Derecho de Sucesiones*, en ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martin, *Tratado de Derecho civil*, t. Quinto, *Derecho de sucesiones*, vol. I (segunda edición), Bosch, Barcelona, 1976.

RODOTÀ, Stefano, *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*, Trotta, Madrid, 2010.

SALVADOR CODERCH, Pablo, «Interpretación del testamento. Posibilidad de acudir a los medios de prueba extrínsecos de la voluntad testamentaria. Comentario a la STS de 26 de marzo de 1983», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1983, núm. 1 (enero-marzo), pp. 289-295.

TORRALBA SORIANO, Orencio-Vicente, *El modo en el Derecho civil*, Caja de Ahorros del Sureste de España, Alicante, 1966.

TORRES GARCÍA, Teodora Felipa y GARCÍA RUBIO, M.^a Paz, *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014.

TORRES GARCÍA, Teodora Felipa, «La no colación de los gastos hechos para cubrir las necesidades de los hijos y descendientes discapacitados», en BELLO JANEIRO, Domingo (coord.), *Protección Jurídica y patrimonial de los discapacitados*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2005, pp. 341-366.

TRONTO, Joan C., *Caring Democracy. Markets, Equality, and Justice*, New York University Press, New York, 2013.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., «La determinación notarial del Derecho» —Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 4 de mayo de 1995—, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXXV, 1996, pp. 465-509.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., «Comentario al artículo 831 del Código civil», en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. XI. *Artículos 806 a 857*, Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), Madrid, 1982, pp. 403-428.

VAQUER ALOY, Antoni, «El sistema de apoyos como elemento para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad» (Capítulo 18), en LLEDÓ YAGÜE, Francisco/FERRER VANRRELL, M.^a Pilar/EGUSQUIZA BALMASEDA, M.^a Ángeles/LÓPEZ SIMÓ, Francisco (dirs.), *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*, Fundación Notariado, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 505-537.

VAQUER ALOY, Antoni, «Libertad de testar y condiciones testamentarias», *InDret*, 2015/3 (www.indret.com).

VAQUER ALOY, Antoni, *La interpretación del testamento*, 2.^a ed., Reus, Madrid, 2008.

VARELA CASTRO, Ignacio, «Mujeres, hombres y el discurso del cuidado: contextualización para un debate en el ámbito del Derecho privado», en TOMÁS, Gema y VIDU, Ana (coords.), *Mujer como motor de innovación jurídica y social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 1007-1031.