

# La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO: MEDIDAS EN FAVOR DEL DISCAPACITADO.—II. REGULACIÓN LEGAL DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ESPECIAL.—III. ELEMENTOS DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ESPECIAL: A) ELEMENTOS PERSONALES: A.1) *Testador disponente*. A.2) *Fiduciario beneficiario de la sustitución*. B) ELEMENTOS REALES. C) ELEMENTOS FORMALES.—IV. CONTENIDO DE LA SUSTITUCIÓN: A) DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO. B) DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS FIDEICOMISARIOS.—V. ¿PUEDE CONSTITUIRSE UN FIDEICOMISO DE RESIDUO?—VI. EL FIN DE LA INTANGIBILIDAD DE LA LEGÍTIMA.—VII. PROBLEMAS QUE PUEDEN PLANTEARSE: A) DISPARIDAD ENTRE EL REPRESENTANTE DEL PATRIMONIO PROTEGIDO Y EL TUTOR. B) ¿EXISTE SUSTITUCIÓN VULGAR EN EL FIDEICOMISO?—VIII. CONCLUSIONES.

## I. PLANTEAMIENTO: MEDIDAS EN FAVOR DEL DISCAPACITADO

El dinero no es la felicidad pero ayuda a ella. Esta afirmación podríamos suscribirla todos los ciudadanos, cualquiera que sea nuestro sexo o nuestra condición social. Sin embargo es especialmente cierta cuando tenemos alguna discapacidad física o psíquica. Ciertamente es que el dinero no lo es todo: los discapacitados necesitan (necesitamos, podríamos decir, pues cualquiera de nosotros puede pertenecer a ese colectivo en cualquier momento) cariño, asistencia, supresión de barreras arquitectónicas, apoyo, comprensión, paciencia... Pero también medios económicos. Sólo así puede hacerse efectivo el principio constitucional de igualdad ante la ley: tratando desigualmente situaciones desiguales.

Fiel a este objetivo, la legislación española ha adoptado medidas de protección de los discapacitados en el ámbito patrimonial para asegurar su seguridad económica de forma duradera. Y lo ha hecho a través de 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.

Esta Ley tiene aspectos de aplicación general, en cuanto modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil y la legislación fiscal general, pero otros aspectos sólo tendrán aplicación tan sólo en aquellas Comunidades Autónomas que carezcan de Derecho Civil propio.

Medidas de aplicación general en toda España serán las siguientes:

- a) La posibilidad de creación de patrimonios especialmente protegidos a favor de los discapacitados.
- b) Posibilidad de que los familiares y las empresas que hagan aportaciones a este patrimonio puedan deducirse hasta 8.000 euros anuales.

Este patrimonio especialmente protegido puede constituirse por el propio discapacitado, si tiene plena capacidad de obrar; o por sus padres o tutores; incluso admite aportaciones por parte de cualquier otra persona. Una vez constituido queda inmediatamente afecto a la satisfacción de las necesidades vitales de la persona discapacitada. La administración y destino del patrimonio será el que se determine por los aportantes en el documento público notarial por el que se constituya. En el Registro de la Propiedad constará esta finalidad. Y como hemos visto está fiscalmente incentivado.

De esta forma se consigue mantener unido un patrimonio para la asistencia del discapacitado, previendo por adelantado el momento en que éste carezca de sus progenitores.

Por supuesto que las Administraciones no se desentienden del discapacitado, sino que este patrimonio es independiente de la asistencia social que pueda corresponder al discapacitado. Además el Ministerio Fiscal tiene la obligación de supervisar la administración del patrimonio instando del juez la adopción de las medidas que sean procedentes en interés del discapacitado.

Este patrimonio del discapacitado puede coexistir con otros sometidos a distinto régimen jurídico, al menos en orden a su administración y disposición; me refiero al propio patrimonio del discapacitado que no se aporte o incorpore al patrimonio especial (que estará regido por sus padres o tutores y no por el representante legal del patrimonio especial); así como los bienes que el discapacitado reciba por herencia, legado o donación (que estarán sometidos al régimen de administrador determinado por el disponente ex art. 164 del Código Civil).

Junto a estas medidas de aplicación general, la ley adopta otras medidas que sólo serán aplicables en territorios de Derecho Común o en aquellas Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio en las que existe reenvío

en materia de legítimas al Código Civil (1). En particular, se promueve la reforma del Código Civil en numerosos aspectos, de los cuales podemos destacar los siguientes:

- a) Se admite que una persona, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, pueda adoptar en documento público notarial cualquier disposición relativa a su persona o bienes, incluida la designación de tutor (art. 223, párrafo segundo del Código Civil), designación que se considera preferente en la delación de la tutela (art. 234, párrafo primero del Código Civil).
- b) Paralelamente a lo anterior se prevé que el mandato (y por tanto los poderes otorgados por una persona) no necesariamente se extingan en caso de incapacidad, sino que cualquier persona pueda disponer su continuación para el caso de incapacidad o incluso darlos para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste (art. 1.732, párrafo segundo del Código Civil). Esto es, cualquier persona física puede designar un futuro apoderado para el caso de incurrir en discapacidad física o psíquica que implique civilmente falta de capacidad de obrar, sin necesidad de tramitar un proceso de incapacitación (que, por otro lado, no garantiza que el representante legal sea la persona querida por el discapacitado). O bien puede prever que el apoderado, ahora designado, no quede revocado en caso de futura incapacidad.
- c) Se regula exhaustivamente el contrato de alimentos, para favorecerlo, esto es, para incentivar que el discapacitado pueda ceder bienes o capital a una persona de su confianza a cambio de que ésta le proporcione vivienda, manutención y asistencia de todo tipo durante su vida (arts. 1.791 a 1.797 del Código Civil).
- d) Se establece un legado legal de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor del discapacitado que lo necesite y estuviera viviendo en ella con el causante en el momento del fallecimiento, que no se computará para el cálculo de la legítima y tendrá carácter intransmisible (art. 822 del Código Civil).
- e) Se establece el carácter no colacionable de los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de los hijos o descendientes con discapacidad (art. 1.041, párrafo segundo).

Junto a estas medidas ciertamente loables, se adoptan otras mucho más discutibles, quizá por su radicalidad:

---

(1) Caso de Galicia, donde por remisión del artículo 146 de la Compilación de Derecho Civil de Galicia, de 24 de mayo de 1995, al Código Civil, debemos entender aplicable esta especial sustitución fideicomisaria.

- a) Así se establece como causa de indignidad sucesoria, esto es, determinante de la incapacidad para suceder, a quien no hubiere prestado al discapacitado las atenciones debidas, entendiendo por tales los alimentos, esto es, sustento, habitación, vestido y asistencia médica, incluso el derecho a la educación (art. 756, apartado 7.º en relación con los arts. 142 y 146 del Código Civil). Esto hará que no pueda suceder al discapacitado quien no le hubiera prestado alimentos, aún sin haber estado legalmente obligado a ello. Piénsese así que los hermanos no están obligados en la misma extensión del 142 a prestar alimentos y sin embargo pueden ser declarados indignos si nos los hubieran prestado. En cualquier caso ya pueden inquietarse los familiares que descuidan la atención del discapacitado: ¡no pretendáis encima heredar!
- b) Pero sobre todo la medida que más choca con el sistema tradicional del Código Civil, que es más discutible y que puede ser fuente de problemas, es la admisión de que se pueda gravar la legítima estricta de los demás hijos o descendientes con una sustitución fideicomisaria, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los herederos forzosos (art. 808 del Código Civil). Esta reforma permite que los padres o abuelos puedan dejar a su hijo o nieto discapacitado la totalidad de la herencia (tercio de libre disposición, tercio de mejora y tercio de legítima estricta en fideicomiso, como fiduciario, pasando una vez que fallezca a los demás hermanos, carentes de discapacidad).

El objeto de esta ponencia es analizar esta peculiar sustitución fideicomisaria, que ha supuesto una gran novedad en nuestro Derecho. En efecto, con ella se abandona el sistema de intangibilidad de la legítima en Derecho común, de manera que se modifican paralelamente los artículos 813 y 782 del Código Civil, como ahora veremos.

Además de radical y contraria a nuestra tradición histórica, es una medida de justicia discutible. Pues ¿no olvida quizá el legislador que los demás hermanos, a quienes sólo queda recibir los bienes cuando fallezca el discapacitado, pueden también caer en peor fortuna? El temor es que, protegiendo a alguno de los hijos discapacitados, se desproteja a otros que con posterioridad pueden tener iguales o peores problemas en su vida; en particular pueden también devenir discapacitados.

## II. REGULACIÓN LEGAL DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ESPECIAL

La regulación legal de esta especial sustitución fideicomisaria a favor de los discapacitados está recogida en los siguientes artículos en la nueva redacción dada por la Ley 41/2003:

Artículo 782 del Código Civil:

*«Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el artículo 808. Si recayere sobre el tercio de mejora, sólo podrán hacerse a favor de los descendientes».*

Artículo 808, párrafo tercero del Código Civil:

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

Artículo 813, párrafo segundo del Código Civil:

*«Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen ni condición ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados».*

Además de estos preceptos específicos introducidos por la reforma, serán también aplicables de forma supletoria los preceptos generales relativos a las sustituciones fideicomisarias en general (arts. 781 a 789 del Código Civil), siempre que sean aplicables.

## III. ELEMENTOS DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ESPECIAL

En función de esta normativa legal, podemos afirmar que los elementos de la sustitución fideicomisaria son los siguientes.

## A) ELEMENTOS PERSONALES

A.1) *Testador disponente*

El causante que puede ordenar esta especial sustitución fideicomisaria es el padre o madre, abuelo o abuela, y demás ascendientes, respecto de los hijos, nietos y demás descendientes. Ningún otro testador puede imponer esta sustitución fideicomisaria: no pueden hacerlo los hijos o descendientes respecto de sus padres o ascendientes, ni el cónyuge causante en beneficio del cónyuge sobreviviente incapacitado.

Evidentemente que cualquier testador sobre sus bienes puede imponer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de libre disposición. Incluso puede gravar el tercio de mejora a favor de un hijo o descendiente. Pero para gravar la legítima estricta es preciso que lo imponga el padre, madre o ascendiente en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado.

A.2) *Fiduciario beneficiario de la sustitución*

Aquí debe destacarse que la Ley no ha querido generalizar esta peculiar sustitución fideicomisaria en cualquier supuesto de discapacidad. Aunque en principio el patrimonio protegido regulado en la Ley 41/2003 puede establecerse en beneficio de cualquier persona con discapacidad (2), que las causas de indignidad introducidas por la ley están referidas a la sucesión de personas con discapacidad (art. 756, apartado 7.º del Código Civil), como ocurre igualmente con el legado legal de la vivienda habitual (art. 822 del Código Civil) y en la dispensa de colación de los gastos realizados (art. 1.041 del Código Civil), por el contrario, tratándose de gravar la legítima con sustitución fideicomisaria sólo se admite si el fiduciario beneficiado es un hijo o descendiente *judicialmente incapacitado*. Para DÍAZ ALABART la condición de incapacitado es una *conditio iuris* de la sustitución (3).

No basta, por tanto, con la discapacidad general regulada en la Ley. Ni por supuesto con la mera incapacidad de obrar tenida en cuenta en otros muchos preceptos de nuestro Derecho, en concreto en la regulación del man-

---

(2) Entendiendo por tal, según el artículo 2.º, los afectados por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100 y los afectados por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100.

(3) DÍAZ ALABART, SILVIA, *La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de los hijos o descendientes*, en conferencia pronunciada en los cursos de verano de la URJ, 7 de julio de 2004, pág. 262: «La condición de incapacitado del fiduciario no es una condición impuesta por el testador, sino que viene implícita de la propia figura, una *conditio iuris*».

dato para caso de futura incapacidad del mandante (art. 1.732 en su nueva redacción). Se requiere una declaración judicial expresa por la que se incapacite al beneficiado con la sustitución, esto es, al que se pretende designar como fiduciario.

Para que, a su vez, la declaración judicial de incapacitación se produzca, es preciso que concurra una causa legal, las cuales vienen determinadas en el Código Civil: son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a una persona gobernarse por sí misma (art. 200 del Código Civil); los menores sólo podrán ser incapacitados cuando se prevea razonablemente que la causa de incapacitación persistirá después de la mayoría de edad (art. 201 del Código Civil).

En cuanto a las personas legitimadas para instar esta declaración judicial de incapacitación, la propia Ley 41/2003 ha modificado el artículo 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de manera que pueda promover la declaración judicial de incapacitación, no sólo el Ministerio Fiscal, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, ascendientes y hermanos del presunto incapaz, sino también este mismo. No obstante, debe entenderse prevalente el párrafo 4.º de dicho artículo, de manera que cuando el presunto incapaz sea menor de edad, no lo podrá promover él mismo, sino quienes ejerzan la patria potestad o la tutela.

Para que pueda constituirse el fideicomiso por parte del causante, es preciso que la declaración de incapacitación exista en el momento de la apertura de la sucesión. Pero nada obsta a que se imponga con carácter condicional, esto es, sujeta a la condición de que se produzca la incapacitación en cualquier momento posterior a la apertura de la sucesión (4); el inconveniente en tal caso, es el mismo que en cualquier supuesto de institución condicional, cual es que habrá que poner la herencia en administración hasta que se cumpla la condición o haya certeza de que la condición no va a cumplirse (art. 801 del Código Civil).

No es necesario para beneficiar a los nietos y demás descendientes, designándoles fiduciarios, que el hijo —padre o madre del nieto favorecido— esté premuerto o sea incapaz de aceptar la herencia. Debe seguirse aquí la misma interpretación doctrinal y jurisprudencial que se hace de la regulación de la mejora en el artículo 823 del Código Civil (5).

---

(4) Caso de que se dijera —por ejemplo—: *«instituyo herederos a mi hijos..., si bien en caso de que mi hijo Fulanito sea judicialmente incapacitado, tendrán aquéllos la consideración de herederos fideicomisarios siendo fiduciario este último»*.

(5) Este artículo 823 del Código Civil al permitir que el padre o madre puedan disponer en concepto de mejora a favor de alguno de los hijos o descendientes de una de las dos terceras partes destinadas a mejora, tampoco exige que para favorecer a los descendientes —nietos o bisnietos— deban haber premuerto las generaciones intermedias.

En cuanto al supuesto de que existan varios hijos o descendientes discapacitados, nada obsta para que el testador pueda nombrarlos fiduciarios simultáneamente —en cuyo caso serían cofiduciarios— o sucesivamente, esto es, primero uno y luego el otro transcurrido un plazo —o la condición prevista por el testador—, en cuyo caso en realidad el segundo discapacitado sería primer fideicomisario y los coherederos forzosos segundos fideicomisarios. Lo que no sería posible es que el testador estableciera un fideicomiso que pasara de los dos grados que como máximo admite el artículo 781 del Código Civil (6).

#### B) ELEMENTOS REALES

La sustitución fideicomisaria especial, objeto de este estudio, grava el tercio de legítima estricta de los hijos o descendientes.

El carácter excepcional de esta sustitución fideicomisaria respecto del carácter intangible de la legítima impide extenderla a la legítima de los ascendientes o la del cónyuge viudo, aunque la misma razón de ser tendría el que la ley hubiera pensado en ellos. En los mismos términos se pronuncia SILVIA DÍAZ ALABART (7).

Este gravamen sobre la legítima estricta puede extenderse, no obstante, también al tercio de libre disposición y a la mejora. Dicho de otro modo: aunque expresamente nuestro Código Civil, después de la reforma, tan sólo contempla de una manera expresa la posibilidad de gravar la legítima estricta con una sustitución fideicomisaria en beneficio del fiduciario judicialmente discapacitado, lo hace precisamente porque hasta entonces no cabía la posibilidad de gravar la legítima; pero nada impide extender la sustitución fideicomisaria a la totalidad de la herencia, ya que el tercio de libre disposición siempre ha admitido lógicamente la imposición de tales gravámenes, al igual que el tercio de mejora que siempre ha admitido la posibilidad de ser gravado, siempre que el gravamen se establezca en beneficio de los legitimarios o sus descendientes (cfr. art. 824 del Código Civil que permanece inalterado por la reforma).

---

(6) La doctrina actual considera casi unánimemente que la palabra grado equivale a llamamiento efectivo y no generación. Véase al respecto RIVAS MARTÍNEZ, JUAN JOSÉ, *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, Tomo II, pág. 119.

(7) DÍAZ ALABART, SILVIA, *op. cit.*, pág. 263. Según esta autora: «Puede llamar la atención que puestos a permitir que se grave la legítima estricta no se haya pensado en extender la posibilidad al caso de que sea el cónyuge del testador o su ascendiente el que esté incapacitado judicialmente, puesto que su legítima es más corta y por razón de edad ese fideicomiso sería más natural», pág. 263.

Ahora bien, debe aclararse que se trata de una mera posibilidad y no de una imposición el que el fideicomiso especial a favor del discapacitado se extienda al tercio de libre disposición y al de mejora al mismo tiempo que al tercio de legítima estricta. Por lo que es perfectamente posible que se limite al tercio de legítima estricta y no se extienda al tercio de libre disposición (que podría atribuirse incluso a un extraño) ni al tercio de mejora (que se deje a otro hijo o descendiente). Quizá hubiera sido más lógico imponer tal fideicomiso expresamente a la totalidad de la herencia o acudir a mecanismos más razonables como la obligatoriedad de dejar el tercio de libre disposición al discapacitado (8).

La sustitución normalmente será durante toda la vida del fiduciario, pero nada impide que se pueda establecer un plazo inferior de duración del fideicomiso, transcurrido el cual quedará extinguido. En ambos casos se respeta claramente el límite de vigencia de las sustituciones fideicomisarias, que no pueden extenderse más allá del segundo grado (cfr. art. 781 del Código Civil).

### C) ELEMENTOS FORMALES

La sustitución fideicomisaria deberá imponerse en el testamento del causante, que se registrará por las reglas generales. De manera que sólo se dará en la sucesión testada, nunca, lógicamente, en la intestada. Y dentro de la testada, admite tanto el testamento notarial como el testamento ológrafo judicialmente protocolizado —con la particularidad de la necesaria protocolización en el plazo de cinco años exigida por el art. 689 del Código Civil.

La inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes inmuebles a nombre del fiduciario judicialmente incapacitado se realizará en virtud de la escritura de partición hereditaria acompañada del testamento donde conste la sustitución (art. 14 LH y 80 de su Reglamento), la cual se hará constar literalmente en la inscripción (art. 51.6.<sup>a</sup> y 82 RH). No será necesaria la intervención de los fideicomisarios. En la escritura de partición sí deberá comparecer el incapacitado a través de su representante legal, esto es, de sus padres, tutor o curador. Y si el tutor o curador tiene algún conflic-

---

(8) Critica DÍAZ ALABART esta posibilidad. Según ella nada impide que el testador que gravó la legítima estricta con un fideicomiso a favor de su hijo o descendiente discapacitado pueda disponer *ad limitum* del tercio libre y con la mejora puede beneficiar a algún hijo o descendiente no incapacitado. Sin embargo, afirma: «hay que reconocer que resulta un tanto extraño que, sin haber cambiado el régimen general de las legítimas de los descendientes, el testador pueda gravar las legítimas estrictas de sus hijos, incluso en algún caso desheredarles prácticamente sin razón legal para hacerlo, mientras que su capacidad para disponer de los otros dos tercios de la herencia no se ven afectados, sin que aquí parezca importar el interés del discapacitado incapaz», *op. cit.*, pág. 267.

to de intereses con el incapacitado (9) deberá al mismo tiempo designarse un defensor judicial (cfr. art. 299 del Código Civil).

Para dar tránsito de los bienes del fiduciario a los fideicomisarios, cuando la sustitución se extinga (por muerte o adquisición de capacidad por el incapacitado), bastará acompañar el mismo título sucesorio (testamento y partición) acompañados del documento público que acredite que ha tenido lugar la transmisión por extinción del fideicomiso (10) (cfr. art. 82 RH), así como la escritura de aceptación por los fideicomisarios (11).

Además de por vía testamentaria, también será admisible la constitución de este fideicomiso especial por vía de donación, de manera que el donante imponga la reversión de lo donado, una vez ocurra el fallecimiento —o el levantamiento de la incapacitación— del hijo o descendiente donatario judicialmente incapacitado, a favor de los demás hijos o descendientes coherederos forzosos (véase arts. 636 y 641 del Código Civil, de los que se deduce la sujeción de este tipo de donaciones a las mismas limitaciones que las sustituciones testamentarias).

#### IV. CONTENIDO DE LA SUSTITUCIÓN

##### A) DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO

El principal efecto del fideicomiso es que el fiduciario tiene el derecho de aprovechamiento y disfrute de los bienes fideicomitidos —uso, administración, percepción de frutos y rentas—, pero con obligación de conservarlos y transmitirlos a los fideicomisarios sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras (cfr. art. 783 del Código Civil).

La posición doctrinal mayoritaria entiende que en el fideicomiso en general el fiduciario es verdadero heredero y por tanto, que responderá ilimitadamente de las deudas hereditarias, salvo que hubiera aceptado a beneficio de inventario. Tratándose de fiduciario judicialmente incapacitado, sin embargo, tal aceptación de la herencia a beneficio de inventario es la regla general, de manera que se requerirá autorización judicial para aceptar pura y simplemente (cfr. art. 271, párrafo 4.º del Código Civil).

---

(9) Caso de que sea designado tutor uno de los fideicomisarios —por ejemplo, un hermano.

(10) Por ejemplo, certificado de defunción o testimonio de la resolución judicial, declarando su capacidad y el levantamiento de la incapacitación.

(11) Como señala DÍAZ ALABART, al desaparecer el fideicomiso los bienes que lo componían recuperan totalmente su naturaleza esencial: vuelven a ser, ya sin gravamen, el tercio de legítima estricta de la herencia del testador.

Es discutible si el fiduciario debe formar inventario y prestar fianza. DÍAZ ALABART se pronuncia a favor en el primer caso, y en contra en el segundo. Coincido con ella, ya que a pesar de la inexistencia de preceptos similares al artículo 491 del Código Civil, relativo al usufructo, la formación de inventario parece una medida razonable y justificada para proteger los intereses de los fideicomisarios; en cambio la imposición de fianza, dado su carácter excepcional, no permite la extensión analógica de aquél precepto (12).

En cualquier caso el principal problema que se plantea es si el fiduciario judicialmente incapacitado tiene facultades de disposición. La mayor parte de la doctrina se inclina por negar las facultades de disposición en el fideicomiso, salvo supuestos excepcionales o que el testador lo haya autorizado (cfr. art. 783, último inciso). Los supuestos excepcionales serían los siguientes: para pago de legítimas, legados y deudas de la herencia (pues no hay que olvidar que el fiduciario judicialmente incapacitado es heredero, y antes es pagar que heredar); y para atender los gastos extraordinarios de conservación.

Para poder vender como libres los bienes, no obstante, se requiere autorización judicial en procedimiento de jurisdicción voluntaria. El fiduciario, al ser un incapacitado, necesitará que dicha autorización judicial la solicite su representante legal (cfr. art. 271 del Código Civil).

Más discutible es que para la enajenación de los bienes fideicomitidos, en caso de necesidad del fiduciario judicialmente incapacitado, se necesite siempre y en todo caso subasta judicial. Es cierto que todavía están en vigor los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulan la jurisdicción voluntaria y éstos la exigen dentro del procedimiento de enajenación de bienes de los incapacitados (cfr. arts. 2.011 a 2.030 LEC de 1881, dejados en vigor por la de 7 de enero de 2000, véase su Disposición Final 18); pero no es menos cierto que puede ser más ventajoso para el discapacitado la venta directa siempre, por supuesto, que así lo apruebe el juez. Este es el criterio sostenido por la Dirección General de los Registros y del Notariado, que deja en el criterio del juez la apreciación de la existencia o no de conflicto de intereses entre el incapacitado y su representante legal o la necesidad de subasta pública (véase Resolución de 3 de diciembre de 2003) (13). Y es

---

(12) Para DÍAZ ALABART: «aunque no haya una norma específica en el Código Civil que lo imponga, es evidente que el fiduciario estará obligado a inventariar los bienes fideicomitidos. Así pues, el tutor del incapacitado habrá de llevar a cabo ese inventario con intervención del fideicomisario. Cita al respecto como la Ley 231 de Navarra, los artículos 206 y 207 del Código de Sucesiones de Cataluña y 30 de la Compilación Balear siguen este criterio. Sin embargo entiende que la intención del legislador de favorecer al discapacitado incapacitado parece que no se compagina bien con la constitución de la garantía, *op. cit.*, pág. 264.

(13) Una viuda y sus hijos son dueños de un solar, perteneciendo a la primera una parte *pro indiviso* en usufructo y otra parte en pleno dominio, y a los segundos una parte en pleno dominio y otra en nuda propiedad. Dichos titulares venden la finca, estando una

también el criterio que analógicamente podría aplicarse, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 5, apartado 2 de la Ley 41/2003, respecto del patrimonio especial del discapacitado, en donde se ha suprimido expresamente la necesidad de subasta pública (14).

Los mismos requisitos exigidos para la enajenación de los bienes de los fiduciarios discapacitados (justa causa, autorización judicial) serán necesarios para hipotecarlos o para constituir sobre ellos un gravamen (véase art. 2.030 LEC de 1881).

Por supuesto que además de para gastos extraordinarios de conservación podrán enajenarse los bienes fideicomitidos con el consentimiento de los fideicomisarios, pero en tal caso, en la medida que el fiduciario es un discapacitado, seguirá siendo necesaria autorización judicial.

Lo que no parece en ningún caso posible es que el fiduciario pueda enajenar su posición como tal, ni siquiera con autorización judicial, dado el carácter excepcional de este fideicomiso especial. En esto discrepo abiertamente con DÍAZ ALABART (15).

## B) DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS FIDEICOMISARIOS

El principal derecho que corresponde a los fideicomisarios es el de obtener la entrega de los bienes fideicomitidos a la finalización del fideicomiso,

---

de las hijas incapacitada y representada por su madre. Presentada la escritura en el Registro, acompañada de autorización judicial en cuya solicitud se expresó la situación de pro indivisión y que faculta para la venta, la Registradora no practica la inscripción, pues, entendiendo que existe contraposición de intereses, es preciso el nombramiento de defensor judicial. El Notario recurre. El recurso es estimado. Teóricamente podría haber contraposición de intereses en la apreciación de la conveniencia de vender, pero tal conveniencia está apreciada por el Juez al dar la correspondiente autorización. Por lo demás, dadas las circunstancias del caso —la finca pertenece *pro indiviso* a varias personas (entre ellas representante y representada) y se vende en su totalidad— no existe tal contraposición y, por ello, no es necesaria la intervención del defensor judicial.

(14) Dispone el artículo 5.2 que las reglas de administración establecidas en el documento público de constitución del patrimonio deberán prever la obligatoriedad de la autorización judicial en los mismos supuestos que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado, conforme a los artículos 271 y 272 del Código Civil, no siendo necesaria cuando el beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente; en ningún caso sin embargo será necesaria la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos que integran el patrimonio protegido, no siendo de aplicación lo establecido al efecto en el título XI del libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881.

(15) Opina DÍAZ ALABART que «La existencia del deber de conservar tiene como contrapartida la no disponibilidad del fiduciario de estos bienes aunque, como es lógico, no le está vedada la disposición no definitiva, sino circunscrita al término final del momento en que deje de ser fiduciario. Así pues, puede transmitir lo que tiene, un dominio temporal», *op. cit.*, pág. 265.

cosa que ocurrirá cuando fallezca el fiduciario discapacitado o cuando salga de la discapacidad —y así se reconozca por resolución judicial firme levantando la incapacitación—. Ahora bien, aquí debe hacerse una matización importante: la de que el tránsito a los fideicomisarios será de los bienes hereditarios que constituyan lo que por legítima estricta les corresponde a ellos, no el porcentaje de legítima estricta del hijo o descendiente judicialmente incapacitado, la cual pasará a sus herederos.

Entretanto se produce el tránsito a los fideicomisarios, éstos tendrán derecho, como se ha visto, a exigir la formación de inventario y a que los bienes se conserven por el fiduciario con diligencia.

También tienen derecho a que su derecho conste —si se trata de bienes inmuebles— reflejado en el Registro de la Propiedad, a través de la cláusula de sustitución.

Muy discutida es la naturaleza de la posición del fideicomisario. No en cuanto a ser también heredero del causante (no hereda al fiduciario sino al testador) sino en cuanto a las facultades dispositivas que le pudieran corresponder. ¿Puede enajenar su derecho? ¿Puede ser embargada o hipotecada la posición del fideicomisario? La posición jurisprudencial pasa por distinguir según se trate de fideicomiso ordinario o fideicomiso de residuo. En el primer caso, el llamamiento genera un verdadero derecho transmisible (cfr. art. 799 del Código Civil) mientras que en el segundo —asimilable al fideicomiso condicional— no es sino una expectativa no transmisible (cfr. art. 759 del Código Civil) y por tanto tampoco embargable, enajenable ni hipotecable. Dentro del fideicomiso de residuo aún habría que distinguir entre las dos figuras de *aliquid supererit* y la de *eo quod supererit*. Esta es la posición de la RDGRN de 8 de febrero de 1957 (16).

Dado que el fideicomiso que nos ocupa es de la clase de fideicomiso ordinario, habrá que concluir que los fideicomisarios sí que pueden disponer de su derecho, gravarlo, hipotecarlo y ser objeto de embargo.

---

(16) Según esta Resolución, los esfuerzos de la doctrina para determinar si el denominado fideicomiso de residuo contiene las notas peculiares de la sustitución fideicomisaria, caracterizada por un doble llamamiento hecho por el testador, con la obligación de conservar y restituir los bienes impuesta al primer llamado y un orden sucesivo, parecen haberse orientado en dos direcciones, una seguida por el Tribunal Supremo, que estima que el fideicomiso de residuo es una institución condicional de heredero, subordinada a que al morir el primer instituido queden algunos bienes hereditarios, sin que hasta entonces corresponda a los fideicomisarios más que una simple expectativa para adquirir la cualidad de herederos, y otra mantenido por aquellos escritores para quienes no ofrece duda que el fideicomiso de *eo quod supererit* participa de la naturaleza de las sustituciones fideicomisarias en las que el llamado en segundo lugar adquiere derecho al residuo desde el momento de la muerte del causante, puesto que el llamamiento de los fideicomisarios no está condicionado cualitativamente, sino tan sólo en su contenido.

## V. ¿PUEDE CONSTITUIRSE UN FIDEICOMISO DE RESIDUO?

La posibilidad de que el fideicomiso sobre el tercio de la legítima estricta de los fideicomisarios se configure como un fideicomiso de residuo, a mi juicio, no es aceptable. Nueva discrepancia con DÍAZ ALABART que no la excluye absolutamente (17).

Si se tratara de un fideicomiso ordinario, nada obstaría a que el testador admitiera que el fiduciario dispusiera de los bienes fideicomitidos con plena libertad, pasando al fideicomisario el remanente (modalidad *si aliquid supererit*) o un porcentaje obligatorio de los bienes (modalidad de *eo quod supererit*).

A esa misma conclusión favorable debe llegarse en cuanto a la parte de los bienes de la herencia afectados por el fideicomiso que se imputan al tercio de libre disposición. Pero los relativos al tercio de mejora y a la legítima estricta no admite fideicomiso de residuo.

En efecto, al tratarse de supuestos excepcionales de gravamen de la legítima —sea mejora o legítima estricta—, van en contra de la regla general de intangibilidad de la legítima, y por tanto deberá concluirse que los preceptos reguladores de esta institución deben interpretarse restrictivamente y no aceptar tal posibilidad.

El fideicomiso regulado en los artículos 808, párrafo tercero, y 813, párrafo segundo, son siempre fideicomisos ordinarios, con obligación —salvo los supuestos excepcionales estudiados— de transmitir a los fideicomisarios todos los bienes gravados.

Por tanto, tampoco necesitarán que expresamente el testador imponga una específica prohibición de disponer sobre los bienes, aunque lo que abunda no daña y nada impide que lo diga así.

## VI. EL FIN DE LA INTANGIBILIDAD DE LA LEGÍTIMA

La legítima en Derecho Común se caracterizaba siempre por un principio general de intangibilidad, de manera que el legitimario tiene derecho a una parte de los bienes de la herencia (*pars bonorum*, art. 806 del Código Civil) siendo su intervención en la partición necesaria para consentir las adjudicaciones y evitar así que quede perjudicada.

---

(17) Señala DÍAZ ALABART que «es difícil aceptar que pueda ser de residuo el fideicomiso que se permite sobre el tercio de legítima estricta en el artículo 808.3 del Código Civil; de admitirlo podría convertirse más que en un gravamen sobre la legítima estricta en una verdadera desheredación (...) pero tampoco me atrevería a excluirla absolutamente, ya que el legislador no ha puesto limitaciones respecto del tipo de fideicomiso», *op. cit.*, pág. 263.

Las excepciones a esta regla general eran más bien escasas; era el caso de la cautela socini (18) (amparada en el art. 820, párrafo tercero del Código Civil) que era una forma —aunque debía ser consentida por los legitimarios— de gravamen. También podemos citar el caso de la facultad del testador de adjudicar indivisa una explotación económica pagando en metálico a los demás legitimarios (prevista en el art. 1.056 del Código Civil) que distorsionaba la naturaleza de la legítima, pasando a configurarla como un mero derecho de crédito (*pars valoris*).

Sin embargo, el proceso de desnaturalización de la legítima en Derecho Común —y paralelamente de acercamiento al Derecho Foral, donde es mucho más flexible la regulación de la legítima— ha ido creciendo. La Ley 11/1981, de 13 de mayo, generalizó la posibilidad de pago en metálico de la legítima, modificando el artículo 841 del Código Civil, permitiendo al testador o contador-partidor, expresamente autorizado por aquél, adjudicar todos los bienes de la herencia a alguno de los hijos o descendientes.

La reforma del artículo 1.056 del Código Civil por la Disposición Final primera de la Ley 7/2003, de 1 de abril, reguladora de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, permitiendo también la atribución unitaria a uno de los legitimarios —y el consiguiente pago en metálico a los demás— en caso de acciones o participaciones de sociedades de capital supuso un paso más en la misma línea.

Este proceso ha dado un avance definitivo 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. Por dos vías:

- a) Incrementando el ámbito de aplicación de la facultad de distribución encomendada al cónyuge sobreviviente en el artículo 831 del Código Civil (19).
- b) Sobre todo, admitiendo la imposición de un gravamen de tal calibre como es una sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta, tal como hemos analizado.

---

(18) Por virtud de la cual se instituye herederos en la totalidad de la herencia a los legitimarios, pero en nuda propiedad, atribuyendo el usufructo al cónyuge sobreviviente del causante, con el apercibimiento a los legitimarios de que si no se conforman quedarán reducidos a la legítima estricta.

(19) La reforma ha ampliado esta facultad de distribuir, extendiéndola al tercio de libre disposición —por tanto desvinculándola de la facultad de mejorar—; admitiendo que abarque la atribución de bienes de la sociedad conyugal disuelta pero no liquidada; y permitiendo su aplicación incluso a las parejas de hecho siempre que tengan descendencia común.

No se trata ahora de decidir si los pasos dados son o no más conformes con la realidad social actualmente imperante en los territorios de Derecho Común. Quizá sea así. Lo único que corresponde ahora es reclamar un debate más amplio sobre la naturaleza de la legítima en el Código Civil, rechazando estas reformas parciales del Código Civil efectuadas por leyes que nada tenían que ver con esta institución hereditaria (20).

## VII. PROBLEMAS QUE PUEDEN PLANTEARSE

### A) DISPARIDAD ENTRE EL REPRESENTANTE DEL PATRIMONIO PROTEGIDO Y EL TUTOR

No cabe confundir los bienes y derechos adjudicados al hijo o descendiente judicialmente discapacitado en concepto de fiduciario, siendo fideicomisarios los demás coherederos forzosos, con el patrimonio de discapacitado en general constituido sobre bienes que pueden o no estar integrados en la herencia, por mucho que ambos estén regulados en la Ley 41/2003. El patrimonio del discapacitado puede estar constituido por otras muchas personas distintas del testador y el beneficiario no necesita estar judicialmente incapacitado, basta con ser discapacitado.

Ahora bien, puede ocurrir que el testador haya dispuesto que los bienes afectados por la sustitución fideicomisaria integren también el patrimonio protegido del discapacitado. En estos casos pueden surgir ciertos conflictos derivados de que el representante del patrimonio protegido no sea la misma persona que el tutor del fiduciario judicialmente incapacitado.

De hecho, tratándose de hijos o descendientes judicialmente incapacitados, pueden concurrir hasta cuatro patrimonios distintos:

- a) El patrimonio ordinario del discapacitado, gobernado por los padres, tutor o curador del incapaz.
- b) El patrimonio protegido constituido al amparo de la Ley 41/2003, administrador por la persona designada conforme al documento público de constitución.
- c) Bienes determinados adquiridos por el incapacitado a título gratuito, en cuyo caso su administración corresponderá al administrador de los bienes designado por el testador sobre los bienes dados en herencia o legados (cfr. art. 164.1 del Código Civil, que exige estar a lo dis-

---

(20) Coincido en esto con DÍAZ ALABART, para quien «aceptando plenamente la necesidad de modificar el sistema de legítimas de los descendientes en el Código Civil, para permitir una mayor libertad de disposición del causante, debería haberse acometido una verdadera reforma, y no hacerlo así, como un parche en un caso concreto», *op. cit.*, pág. 270.

puesto por el disponente en orden a la administración de los bienes cuando se trata de disposiciones a título gratuito).

- d) Bienes adquiridos por el judicialmente discapacitado en concepto de fiduciario por constituir la legítima estricta de sus coherederos forzosos que tienen el carácter de fideicomisarios. La representación legal del discapacitado respecto de estos bienes estará determinada por lo dispuesto por el testador, y en su defecto la llevará a cabo el tutor del discapacitado.

En cualquier caso deberá buscarse, en interés del discapacitado, y para lograr una mejor administración de sus bienes, que estas personas, potencialmente distintas, sean una sola. Esto deberá buscarlo el testador o en su defecto el juez a la hora de designar tutor de la persona o bienes del discapacitado.

#### B) ¿EXISTE SUSTITUCIÓN VULGAR EN EL FIDEICOMISO?

Muy discutida es en la doctrina el tema de si existe o no sustitución vulgar en el fideicomiso. El problema que se plantea es el siguiente: si el hijo o descendiente judicialmente discapacitado designado como fiduciario premuere al testador, ¿se abrirá la sucesión abintestato de manera que pasarán los bienes a los herederos abintestato del causante o heredarán los fideicomisarios pese a la premoriencia del fiduciario? De optarse por esta última solución, significaría tanto como afirmar que la sustitución fideicomisaria implica la vulgar.

La solución es mayoritariamente afirmativa, esto es, que la sustitución fideicomisaria implica la vulgar, en el caso de fideicomiso normal. Existe mayor polémica cuando el fideicomiso es de residuo, esto es, cuando al fiduciario se le facultase para vender o disponer de parte de la herencia. Aquí la posición del Tribunal Supremo (21) es contraria a reconocer al fideicomisario de residuo la condición de sustituto vulgar del instituido, en contra del parecer de la Dirección General de los Registros y del Notariado que —basándose en la interpretación del testamento y en que la voluntad del causante es ley de la sucesión— entiende que los fideicomisarios llamados son también sustitutos vulgares del fiduciario (22).

---

(21) Véase, entre otras, las sentencias de 5 de octubre de 1970 y 23 de abril de 1975.

(22) Según la RDGRN, de 17 de septiembre de 2003: En nuestro Derecho está comúnmente admitido que, mientras que la doctrina estima que la «sustitución» fideicomisaria implica la «vulgar», la Jurisprudencia se muestra radicalmente contraria a tal aserto. Sin embargo, últimamente, una doctrina más moderna afirma que, si bien es cierto

Sin embargo, esta discusión no tiene sentido en el ámbito del fideicomiso especial a favor del hijo o descendiente judicialmente incapacitado, donde en caso de premoriencia de éste simplemente quedará sin efecto la sustitución fideicomisaria. No se puede decir que exista sustitución vulgar en el fideicomiso, sino sencillamente que no gravará la legítima estricta la sustitución, quedando ésta sin efecto. Su legítima estricta acrecerá por tanto a los demás coherederos forzosos, salvo el derecho de representación cuando deba tener

---

que una parte importante de la Jurisprudencia (cfr. sentencias de 21 de diciembre de 1918, 13 de febrero de 1943, 28 de junio de 1947, 13 de noviembre de 1948, 25 de abril y 1 de diciembre de 1951, 6 de abril de 1954, 21 de noviembre de 1955, 21 de noviembre de 1956, 25 de noviembre de 1960, 21 de enero y 20 de octubre de 1962, 10 de abril de 1985 y 13 de marzo de 1989) se pronuncia en sentido contrario a que el «fideicomiso» de residuo sea una «sustitución» fideicomisaria, tal afirmación es más bien de carácter exclusivamente literal, pues la misma, si se examina detenidamente, no constituye nunca fundamento del fallo, ya que en el fondo lo que se quiere afirmar es que no es una «sustitución» fideicomisaria normal, por no tener el fiduciario la obligación de conservar, lo cual es indiscutible, y que, por el contrario, existen otras sentencias que no se oponen a la calificación del «fideicomiso» de residuo como «sustitución» fideicomisaria (cfr. las de 29 de octubre de 1904, 21 de diciembre de 1918, 8 de marzo de 1926, 13 de febrero de 1943, 28 de junio de 1947, 13 de noviembre de 1948, 31 de diciembre de 1949, 1 de diciembre de 1951, 10 de julio de 1954, 21 de noviembre de 1955, 26 de abril y 21 de noviembre de 1956, 7 de enero de 1959, 25 de noviembre de 1960, 22 de diciembre de 1961, 29 de enero y 20 de octubre de 1962, 5 de julio de 1966, 22 de enero de 1969, 9 de diciembre de 1970, 25 de mayo de 1971 y 25 de abril de 1981). Y tal doctrina científica concluye que la obligación de conservar no es la esencia de la «sustitución» fideicomisaria, pues, por una parte, el artículo 781, más que definir la «sustitución» fideicomisaria, lo que hace es establecer un límite a las «sustituciones» de este tipo en las que haya deber de conservar, y, por otra, el artículo 783, párrafo segundo del Código Civil, permite que tal obligación pueda ser modalizada por voluntad del instituyente, siendo, por tanto, la esencia de dicha «sustitución» el llamamiento sucesivo, llegando a la conclusión de que la figura de la «sustitución» fideicomisaria engloba dos modalidades: la normal (con obligación de conservar), y la de residuo (en la que, con mayor o menor amplitud, se conceden al fiduciario facultades de disponer de los bienes). Con tal doctrina se llega a la conclusión de que, calificado el llamamiento de residuo como «sustitución» fideicomisaria, y entrando en la cuestión de si ésta engloba la «vulgar» tácita, salvo supuestos aislados, la mayoría de la doctrina y la Jurisprudencia están de acuerdo, como también la regulación de la institución en algunas regiones de Derecho Foral o especial, y en la legislación extranjera, porque, como se ha dicho acertadamente, si se quiere que alguien herede después del primer llamado, se quiere también que herede si el primer llamado no lo hace. Parece, entonces, que la solución del problema ha de partir de dos principios básicos: a) Cada caso habrá de resolverse en función de una interpretación específica del respectivo supuesto; b) La solución vendrá dada en función de que se estime, a la vista del caso examinado, si puede llegarse a la conclusión de que se ha querido (teniendo en cuenta las limitaciones que nuestro Código Civil impone a la interpretación del testamento, según la doctrina jurisprudencial) que los llamados al residuo sustituyan a los primeramente llamados, en cuyo caso estaríamos dentro de los límites de la interpretación testamentaria, o, por el contrario, llegar a dicha conclusión supondría entrar en el campo de integración de la voluntad del testador, y, en consecuencia, tal conclusión excedería de tal labor interpretativa.

lugar —caso, por ejemplo, de que el incapacitado tenga hijos o descendientes—. Y en cuanto a los demás bienes del incapacitado pasarán a sus herederos voluntarios o abintestato conforme a las reglas generales.

### VIII. CONCLUSIONES

En definitiva, el legislador ha dado un paso largo en la defensa de los intereses patrimoniales del discapacitado que, no olvidemos, podemos ser cualquiera. Pero lo ha hecho con medidas que van a cambiar el curso de la historia, al menos de la del Derecho, en la medida que por vez primera va a alterar el régimen de instituciones de origen inveterado, como la legítima hasta ahora intocable —e intangible— en Derecho Común. Entre tales medidas, la más polémica es precisamente la del fideicomiso sobre la legítima estricta de los demás coherederos forzosos.

En todo caso, la Ley puede servir de ejemplo para que las legislaciones civiles especiales, como la de Cataluña, den otro paso en la misma línea: aquí tendría incluso a favor la mayor libertad de testar que siempre existió en Derecho Foral y que se manifiesta en la inexistencia de una legítima estricta y en la posibilidad de mantener la unidad del patrimonio, dejando a los demás hijos su legítima en metálico.

Estamos, en definitiva, ante una norma de finalidad loable que a nadie dejará indiferente; menos a los discapacitados que ven como al menos la sociedad, por fin, se preocupa de ellos.

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO  
Doctor en Derecho  
Registrador de la Propiedad y Mercantil  
Letrado de la Dirección General de los Registros  
y del Notariado