

Posible inconstitucionalidad
de la sustitución fideicomisaria
española como medio de protección
patrimonial de las personas
incapacitadas *

*Possible unconstitutionality of the
Spanish Trustship as a mean of
protection of people with disabilities*

por

PEDRO BOTELLO HERMOSA
Profesor de la Universidad Pablo de Olavide

RESUMEN: Todo hace indicar que en los próximos años el Tribunal Constitucional deberá pronunciarse sobre la constitucionalidad de una de las figuras jurídicas más importantes que existen desde 2003 en nuestro Derecho Sucesorio: la sustitución fideicomisaria. Y es que, a partir de la entrada en vigor de la Ley 41/2003, los españoles con hijos o descendientes judicialmente incapacitados podrán establecer en su testamento a favor de estos una sustitución fideicomisaria sobre todo el tercio de legítima estricta, lo cual puede suponer incluso la desheredación del resto de herederos forzosos.

* El presente artículo se ha elaborado en el marco del Grupo de investigación SEJ617: Nuevas Dinámicas del Derecho Privado Español y Comparado.

Esta modalidad de la sustitución fideicomisaria sobre todo el tercio de legítima estricta no tiene cabida, por ejemplo, en Alemania, donde la legítima se encuentra protegida constitucionalmente, mientras que en Italia la legítima que queda gravada mediante la sustitución fideicomisaria es precisamente la del propio incapacitado tutelado, pero nunca la del resto de herederos forzosos.

ABSTRACT: Everything indicates that in the next few years Constitutional Court should pronounce about the constitutionality of the one of most important concept in succession law: the trusteeship estate. From the 2003 Spanish people with children or descendants with disabilities could protect them by the concept of trusteeship estate which authorized the encumbrance of the reserved portion of the deceased's estate with a beneficiary substitution.

This kind of trusteeship estate doesn't exist in Germany, where it is stated that the descendants' forced share is a constitutionally protected right, while in Italy trusteeship estate as a protection of tutors involved legislation of certain descendants since 1975.

PALABARAS CLAVES: Sustitución fideicomisaria. Legítima. Derecho constitucional.

KEY WORDS: *Trusteeship estate. Forced share. Constitutionally Right.*

SUMARIO: I. EL NUEVO ALCANCE OTORGADO EN 2003 A LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA MEDIANTE LA LEY DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.—II. POSIBILIDAD REAL EN ESPAÑA DE VULNERAR LA LEGÍTIMA ERICTA DEL RESTO DE HEREDEROS FORZOSOS INSTITUYENDO UNA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ESPECIAL DE RESIDUO.—III. MOTIVOS PARA APOSTAR POR SU INCONSTITUCIONALIDAD: LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LEGÍTIMA EN ALEMANIA.—IV. MOTIVOS A FAVOR DE SU CONSTITUCIONALIDAD: LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ITALIANA COMO MEDIO DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS TUTELADAS.—V. CONCLUSIÓN.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL NUEVO ALCANCE OTORGADO EN 2003 A LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA MEDIANTE LA LEY DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Muy brevemente diré que la sustitución fideicomisaria puede definirse como aquella disposición testamentaria en cuya virtud, el testador (fideico-

mitente) otorga al heredero fiduciario la facultad de disfrutar de la herencia fideicomitida, pero también la obligación de conservarla y restituirla, llegado el momento fijado para ello, a los herederos fideicomisarios designados en el testamento.

La sustitución fideicomisaria ha perdurado en nuestro Ordenamiento desde la época romana hasta nuestros días, quedando con ello acreditada su importancia a lo largo del tiempo. El origen de la institución se encuentra en la época romana, apareciendo concretamente en el siglo I de nuestra era, pasando por el Código de las Partidas, hasta la Novísima Recopilación, así como por las Leyes Desvinculadoras y por diferentes Proyectos de Códigos Civiles, hasta nuestro definitivo Código Civil¹ de 1889, el cual desde su promulgación regula esta figura jurídica entre sus artículos 781 y 789.

Pero fue en el año 2003, a raíz de la promulgación de la Ley 41/2003², 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 (en adelante, LPPD), cuando la sustitución fideicomisaria pasó a convertirse no solo en una de las figuras jurídicas más importantes de nuestro Derecho Sucesorio, sino también, en una institución de imprescindible conocimiento para todos los profesionales del Derecho.

Y es que, mediante dicha norma el legislador de 2003 modificó los artículos 782, 808 y 813.2 del Código Civil, los cuales, desde entonces, presentan el siguiente contenido:

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 recayera sobre el tercio de mejora, solo podrán hacerse a favor de los descendientes».*

Artículo 808, párrafo 3º, 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 2º, del Código Civil: *«El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados en la ley.*

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

Debido a la redacción dada a la institución a partir de la LPPD, la doctrina mayoritaria se dirige a ella como sustitución fideicomisaria «especial», debiendo destacarse de esta principalmente lo siguiente:

1.º. A través de la LPPD, la sustitución fideicomisaria fue elegida por el legislador español como el medio jurídico para poder proteger patrimonialmente a las personas incapacitadas judicialmente.

Eso sí, dicha institución única y exclusivamente podrá establecerse a favor de personas incapacitadas judicialmente y nunca a favor de personas con discapacidad, ya que el contenido de la LPPD en su artículo 10.2, 3 y 4 es muy tajante al respecto.

Por ello, las personas con discapacidad sobre las que no haya recaído sentencia de incapacitación³ no podrán ser jamás beneficiarias de la sustitución fideicomisaria, lo cual choca contra el propio título de la Ley que la origina, que no es otro que la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, de ahí que MARTÍN MELÉNDEZ⁴ considere que «causa extrañeza que la posibilidad de constituir una sustitución fideicomisaria tenga como requisito imprescindible que el fiduciario sea una persona incapacitada, y no simplemente una persona con discapacidad, dado el título de la ley y que el objetivo fundamental de la misma sea la protección de las personas con discapacidad».

¿Cuál puede ser el motivo por el que el legislador ha querido limitar esta sustitución fideicomisaria exclusivamente a favor de los incapacitados judicialmente, excluyendo de su alcance a las personas con discapacidad?

Algunos autores⁵ entienden tal limitación como una medida para fomentar que las familias se decidan a incapacitar a aquellas personas que lo necesiten y aún no lo hayan hecho. Es decir, que ven en la sustitución fideicomisaria una medida del legislador del 2003 para estimular o incentivar la incapacitación judicial.

Sin embargo, en mi opinión, y coincidiendo con otros autores⁶, considero que la verdadera intención del legislador de 2003 al fijar el alcance de la institución a favor de personas que sufran una enfermedad tan importante que conlleve su incapacitación civil es precisamente limitar lo máximo posible el uso de una figura con unas consecuencias jurídicas tan importantes⁷.

Perfectamente lo expresa MARTÍN MELÉNDEZ⁸ cuando argumenta que «*el motivo por el que la Ley 41/2003 ha optado por el incapacitado, excluyendo a los simples discapacitados, es que ha querido reducir las posibilidades de exceptuar la aplicación del principio de intangibilidad de la legítima mediante la determinación de los sujetos que podrían resultar favorecidos (fiduciarios) por los nuevos artículos 782, 808 y 813 del Código Civil, puesto que el número de incapacitados judicialmente es menor que el de discapacitados (...), y se considera que está en situación de mayor gravedad y, por tanto, más necesitada, una persona respecto a la que se ha declarado judicialmente que no puede gobernarse por sí misma (independientemente del grado de incapacitación y de que esté sometida a tutela o curatela), que aquella que, simplemente, ha sido declarada discapacitada*».

2.º. El segundo argumento que acredita la importancia de la institución que estudiamos es que fue elegido por el legislador español como el primer medio jurídico a través del cual se puso fin al principio sagrado e histórico de nuestro Derecho Sucesorio de la intangibilidad de la legítima estricta⁹.

Y es que, tras la entrada en vigor de la LPPD, los testadores españoles podrán beneficiar a sus hijos o descendientes incapacitados judicialmente no solo con el tercio de libre disposición y el de mejora, sino que también podrán establecer a su favor una sustitución fideicomisaria sobre todo el tercio de legítima estricta, gravando con ello al resto de herederos forzosos sobre dicha cuota, lo cual atenta contra todos los antecedentes históricos del Código Civil¹⁰, ya que tal posibilidad supone que el resto de herederos forzosos que actúen como fideicomisarios verán gravada en mayor o menor medida su cuota de legítima estricta.

II. POSIBILIDAD REAL EN ESPAÑA DE VULNERAR LA LEGÍTIMA ERICTA DEL RESTO DE HEREDEROS FORZOSOS INSTITUYENDO UNA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ESPECIAL DE RESIDUO

Uno de los problemas de mayor envergadura jurídica que conlleva la regulación dada por el legislador de la LPPD a la sustitución fideicomisaria especial es la posibilidad, o no, de que esta sea de residuo.

Por sustitución fideicomisaria de residuo se entiende la disposición de última voluntad del testador, a través de la cual, y a diferencia de lo que ocurre con la sustitución fideicomisaria ordinaria, se permite al fiduciario disponer de todos o parte de los bienes fideicomitidos, de modo que el fideicomisario adquirirá en el momento de la restitución los bienes de los cuales el fiduciario no haya dispuesto, y en caso de haber dispuesto de todos, se quedará el fideicomisario sin adquirir ninguno.

O dicho de otro modo, a través de la institución de residuo el fideicomisario solo tendrá derecho a los bienes fideicomitidos de los que el fiduciario no haya dispuesto «*inter vivos*», o incluso, «*mortis causa*», de haberlo autorizado así expresamente el testador.

La sustitución fideicomisaria de residuo es la más importante, no solo por su alcance, sino porque, tal y como comenta LASARTE¹¹, pese a su denominación, la de residuo es más frecuente en la realidad que la sustitución fideicomisaria pura.

Así se deduce de la jurisprudencia al respecto, y lo afirman la mayor parte de los notarios, buenos conocedores de la práctica sucesoria.

Valga, pues, la paradoja: la sustitución fideicomisaria de residuo no puede ser considerada una *figura residual* en la práctica testamentaria, al menos, si se la compara con la sustitución fideicomisaria ordinaria. Y es que, tal y como

expuso RIVAS MARTÍNEZ¹², «*esta figura (refiriéndose a la institución de residuo), es, sin ningún género de dudas, la que está llamada a tener un mayor desarrollo, y podrá resolver el sinnúmero de problemas que puedan plantearse en la práctica profesional*».

En cuanto a la facultad del fiduciario a la hora de disponer de los bienes fideicomitidos, coinciden la doctrina y la jurisprudencia al afirmar que puede ser muy variado el grado de permisividad mostrado por el testador. Así, por ejemplo, podría el fideicomitente conceder al fiduciario la facultad únicamente de consumirlos, o también de enajenarlos (y esto a título oneroso o a título gratuito sin más), o, incluso, disponer de algunos en concretos, o de todos.

Dicho lo anterior, hemos de reflejar que tal y como argumenta DÍAZ ALABART¹³, el fin que habitualmente se persigue con la sustitución fideicomisaria de residuo es la concesión de la facultad de enajenar *inter vivos* en los casos que lo necesite el fiduciario; aunque suele establecerse que dicha necesidad quede a juicio del mismo, y que no tenga deber de justificarla.

En el mismo sentido, expone la autora NIETO ALONSO¹⁴ que cualquier estudioso mínimamente avezado de estas instituciones testamentarias puede constatar que las modalidades más habituales en estas figuras jurídicas en las que el testador dota a los favorecidos con facultades dispositivas, son las que subordinan esta disposición a la situación de necesidad, sea del fiduciario o del usufructuario.

Eso sí, únicamente podrá estimarse que existe facultad de disponer de bienes fideicomitidos cuando así conste expresamente fijado por el testador.

Llegados a este punto hemos de resaltar que dentro de la sustitución fideicomisaria de residuo, tal y como afirma nuestro Tribunal Supremo¹⁵, encontramos las sustituciones fideicomisarias de residuo *si aliquid supererit* (si queda algo), y las sustituciones fideicomisarias de residuo *de eo quod supererit* (de aquello que debe quedar).

En las *de eo quod supererit* (de aquello que debe quedar), el fiduciario contará con facultades de disposición *inter vivos* sobre ciertos bienes fideicomitidos, pero no sobre todos, ya que la intención del testador es que una vez llegado el término o cumplida la condición, ciertos bienes vayan a parar al fideicomisario. Dicho de otra forma, el fiduciario, en esta modalidad, no podrá disponer libremente de toda la herencia fideicomitida, por ser voluntad del fideicomitente que el fideicomisario reciba parte de la herencia, por pequeña que esta sea.

En cambio, en los supuestos de sustituciones fideicomisarias *si aliquid supererit* (si queda algo), nos encontramos en aquellos casos en los que el testador faculta al fiduciario a disponer *inter vivos* de todos los bienes fideicomitidos, sin ningún tipo de límite, es decir, que el fiduciario podrá disponer absolutamente de toda la herencia fideicomitida, por lo que los fideicomisarios solo recibirán llegado el momento oportuno, lo que quede de la herencia fideicomitida siempre y cuando quede algo.

Por todo ello, centrándonos en el tema que nos interesa, que es la sustitución fideicomisaria especial introducida por la LPPD, debemos cuestionarnos: ¿Podrá o no el testador con un hijo o descendiente incapacitado judicialmente establecer una sustitución fideicomisaria especial de residuo sobre el tercio de legítima estricta? Y dentro de las de residuo, ¿podrá establecer el testador una sustitución fideicomisaria especial de residuo *si aliquid supererit* a favor de los hijos o descendientes incapacitados judicialmente?

De ser afirmativas las respuestas a dichas preguntas estaríamos afirmando que a través de esta institución especial se puede vulnerar no solo el principio de la intangibilidad cualitativa de la legítima estricta, sino también, la intangibilidad cuantitativa de la misma (ya que el incapacitado, o mejor dicho, su tutor o curador, podría incluso disponer de bienes que constituyen el tercio de legítima estricta), lo cual podría llegar a suponer la desheredación de los fideicomisarios, es decir, del resto de herederos forzosos.

Particularmente, y aun reconociendo que existe una corriente doctrinal negativa¹⁶ y otra que solo lo entiende posible en casos de estricta necesidad¹⁷, entiendo que en base a la redacción actual de la LPPD y del Código Civil, única y exclusivamente dependerá del testador el alcance que este quiera otorgarle a la sustitución fideicomisaria especial, pudiendo establecerse por tanto perfectamente la constitución de una sustitución especial de residuo sobre todo el tercio de legítima estricta, e incluso, de una sustitución especial de residuo de la modalidad *si aliquid supererit*.

En la misma línea destaca la opinión de autores como PEREÑA VICENTE¹⁸, quien considera que *«incluso esa privación podrá ser definitiva si el causante, haciendo uso de la facultad que le concede el artículo 783, dispensa al fiduciario del deber de conservar la herencia constituyendo un fideicomiso de residuo. Esta posibilidad supone que el legislador admite que, ante la presencia de un incapacitado, la legítima de los demás coherederos puede llegar a desaparecer. Desde luego, una medida drástica que, esperemos, logre resolver más problemas de los que puede plantear»*.

O, por su parte, CÁMARA LAPUENTE¹⁹, quien entiende que *«más difícil es dilucidar si el testador puede crear un fideicomiso de residuo con plenas facultades dispositivas a favor del fiduciario incapacitado (a través de su representante); aunque con el tenor de los artículos 808.3 y 782 sería posible, por ser una modalidad de sustitución fideicomisaria, la doble excepción que suponen los artículos 783.2 (al 781) y 782 (al 813) aconseja una interpretación lo más restrictiva posible de esta modalidad para no vaciar totalmente el contenido (y no solo aplazar) las legítimas de los otros hijos o descendientes del causante»*.

DÍAZ ALABART²⁰ manifiesta que aunque lo lógico sería no considerar posible la constitución de una sustitución fideicomisaria especial de residuo, acaba manifestando que no se atrevería a descartar dicha posibilidad, ya que: *«precisamente por carecer o tener muy mermada la obligación de conservar los*

bienes fideicomitidos 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 admitirse, podría convertirse en más que un gravamen a la legítima estricta en una verdadera desheredación para los legitimarios fideicomisarios, que podrían verse privados de su legítima si el fiduciario dispone, de una u otra forma de los bienes fideicomitidos. Por ello el admitir que el fideicomisario del artículo 808.3 del Código Civil pueda ser de residuo lo considero excesivo, pues aunque se admita en el citado precepto la creación de un gravamen sobre la legítima estricta, mientras esta no pierda su carácter, no sería posible que el gravamen impuesto pueda ser de tal tenor que permita defraudarla. Así que tratándose ese fideicomiso de un supuesto tan excepcional, parece lógico inclinarse por una interpretación restringida de la figura, la que cause el menor perjuicio posible a la posición de los colegitimarios gravados con la sustitución fideicomisaria, pero tampoco me atrevería a excluirla absolutamente, ya que el legislador no ha puesto limitaciones respecto del tipo de fideicomiso».

En mi opinión, aunque considero que lo lógico hubiese sido que el legislador fijase la imposibilidad de constituir una sustitución fideicomisaria especial de residuo para evitar posibles situaciones de desheredación del resto de herederos forzosos, me permito reiterar que hoy en día en nuestro Ordenamiento jurídico no existe ningún impedimento para la constitución de este tipo de institución, incluso en su modalidad *si aliquid supererit*.

¿Mis motivos para defender tal posibilidad? Los siguientes:

1.º. La LPPD no modificó el artículo 783 en su párrafo final del Código Civil, que es el que permite la sustitución fideicomisaria de residuo cuando establece: *«el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa»*.

De haber sido la intención del legislador de la LPPD la de prohibir la sustitución fideicomisaria especial de residuo, que reiteramos, es la modalidad de sustitución fideicomisaria más usada en nuestra práctica testamentaria por delante de la sustitución fideicomisaria ordinaria, lo hubiese impedido literalmente. Le hubiese bastado para ello con otorgar una nueva redacción al final de dicho artículo, como por ejemplo, algo parecido a: *«...salvo el caso en el que el testador haya dispuesto otra cosa, posibilidad esta última de la que carece el testador en el supuesto recogido en el artículo 808.3»* (la cursiva es nuestra).

Pero entonces, ¿por qué el legislador no modificó la redacción de dicho artículo? Pues seguramente porque entendió oportuno que este tuviese el mismo alcance, o lo que es lo mismo, que el testador pudiese establecer una sustitución fideicomisaria ordinaria o de residuo indistintamente, dependiendo siempre de su voluntad, incluso en los casos de las sustituciones fideicomisarias especiales a favor de los hijos o descendientes incapacitados.

2.º. La voluntad del testador, en nuestro Derecho Sucesorio, es ley, así que, de ser esta su voluntad, de reflejarse así expresamente en su testamento, y teniendo en cuenta que no lo prohíbe el del Código Civil, no se nos ocurre ningún argumento para oponernos a tal posibilidad.

3.º. La Exposición de Motivos de la LPPD recoge en su apartado IV cómo se regula la administración del patrimonio protegido, que, como sabemos, es el objeto inmediato de la ley, y que tiene la misma finalidad, obviamente, que la sustitución fideicomisaria especial, que no es otra que la protección de las persona con discapacidad y de la persona incapacitada respectivamente.

Recoge el citado apartado IV de la Exposición de Motivos que *«en cuanto a la administración del patrimonio, y el término administración se emplea aquí en el sentido más amplio, comprensivo también de los actos de disposición, se parte de la regla general de que todos los bienes y derechos, cualquiera que sea su procedencia, se sujetan al régimen de administración establecido por el constituyente del patrimonio, el cual tiene plenas facultades para establecer las reglas de administración que considere oportunas (...)»*.

Por ello, considero que al igual que en el patrimonio protegido, en la sustitución fideicomisaria especial la voluntad del legislador fue que dependiese exclusivamente del testador establecer las reglas de administración de los bienes a favor del fiduciario incapacitado, entre cuyas posibilidades se encuentra la de instituir una sustitución fideicomisaria especial de residuo *si aliquid supererit* sobre el tercio de legítima estricta.

4.º. La posibilidad del testador de establecer una sustitución fideicomisaria especial de residuo no tiene por qué derivar en perjuicio para los fideicomisarios.

Los autores que se oponen a la posibilidad de establecer una institución especial de residuo parecen olvidar que no por el hecho de permitirse este tipo de sustitución fideicomisaria, el testador la constituirá siempre, sino que ha de contemplarse, al menos bajo mi punto de vista, como una posibilidad más a favor de este, el cual, mejor que nadie, conoce la situación económica y social de cada hijo o nieto, y el tipo de protección que necesita cada uno de ellos. Es decir, que puede ser que la inmensa mayoría de los casos, aunque los testadores con hijos o descendientes incapacitados judicialmente dispongan de la posibilidad de establecer una sustitución fideicomisaria especial de residuo.

A esto debemos sumarle que, incluso aun permitiéndose la sustitución fideicomisaria de residuo especial, el testador podrá establecer la modalidad de *eo quod supererit* (en cuyo caso, nunca se producirá la desheredación de los fideicomisarios dado que debe quedar parte de la herencia por ser esta la voluntad del testador) o *si aliquid superit*.

Pero incluso, de elegir el testador esta última modalidad en la que el fiduciario podrá disponer de los bienes fideicomitidos, puede darse la situación de que este no disponga de ellos por diferentes motivos (por ejemplo, que el tutor o curador que intente disponer de algún bien no obtenga la autorización judi-

cial; o ni siquiera lo intente porque no lo necesite; o por fallecer poco después de ser instituido fiduciario), con lo cual, finalmente, no se habría perjudicado en absoluto a los fideicomisarios legitimarios, desde el punto de vista de la intangibilidad cuantitativa de su legítima estricta.

Por todo ello, considero que la sustitución fideicomisaria especial de residuo en sus ambas modalidades es perfectamente válida como medio de protección a favor de las personas incapacitadas judicialmente, dependiendo únicamente su constitución, o no, del testador con hijos o descendientes incapacitados.

III. MOTIVOS PARA APOSTAR POR SU INCONSTITUCIONALIDAD: LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LEGÍTIMA EN ALEMANIA

En Alemania entró en vigor el 1 de enero de 2010 la Ley de modificación del Derecho de Sucesiones y de la Prescripción, de 24 de enero de 2004²¹.

Desde el punto de vista sucesorio se trata de una reforma mucho menor a la que se planteó inicialmente, afectando los cambios esenciales a la regulación de la legítima y a las causas de desheredación.

En el debate sobre la legítima en Alemania fue decisiva la sentencia del Tribunal Constitucional (BVerfGE) de 19 de abril de 2005²², en la que se declara protegida constitucionalmente la legítima (Pflichtteilsrecht), disipando las dudas existentes al respecto con anterioridad a dicho pronunciamiento judicial.

Según el BVerfGE en dicha sentencia, la legítima de los descendientes es un valor protegido constitucionalmente del que estos no pueden verse privados y cuya percepción no puede hacerse depender de una previa situación de necesidad. Es decir, que el núcleo de la sentencia fue la protección constitucional de la legítima de los descendientes, a los cuales se les garantiza una participación tangible en la herencia con independencia de sus necesidades, y esta protección se basa en la garantía del derecho a la herencia del artículo 14 en conexión con el artículo 6.1 de la Ley Fundamental.

Y es que, como afirma GALVÁN GALLEGOS²³, el arraigo de tal institución en la conciencia jurídica de la sociedad, y la resolución del Tribunal Constitucional alemán proclamando la constitucionalidad de la legítima de los hijos como límite de la libertad de testar a favor de la protección de la familia, supusieron que la reforma operada por la Ley de 24 de septiembre de 2009 no fuese una reforma profunda, de calado, sino que se limitó a tocar aspectos muy puntuales con el fin de adaptarlos y aclararlos a la luz de los casos que habían sido resueltos por los Tribunales.

El Tribunal Constitucional germano consideró que no hay mandato constitucional por el que el causante deba conceder un trato igualitario a sus descendientes, pero al mismo tiempo, estableció que la misma garantía, protección y

rango constitucional del artículo 14 (derecho a la propiedad privada) merece la participación mínima de los hijos en la herencia mediante la regulación vigente de la legítima. Afirmó que este es un elemento nuclear tradicional del derecho de sucesiones alemán, igual que la libertad de testar, y que esta participación mínima en la herencia es independiente de toda situación de necesidad del legitimario.

Según el Tribunal Constitucional alemán, la institución de la legítima tiene una larga tradición histórica y lo mismo ocurre en los restantes países europeos de tradición romanística. Estima que las legítimas están vinculadas con la protección constitucional de la relaciones entre padres e hijos (art. 6.1 Constitución alemana), invocando como fundamento de la institución legitimaria la solidaridad familiar entre generaciones y, tras aseverar que el derecho a la legítima, como el derecho de alimentos, aparece vinculado a las relaciones familiares entre el causante y su descendencia, concluye que la libertad de testar del causante está sujeta constitucionalmente a las relaciones que el derecho de familia funda con la descendencia, lo que concede legitimación a los hijos con derecho a la legítima a asegurarse una participación económica en la herencia del progenitor difunto.

Para TORRES GARCÍA y GARCÍA RUBIO²⁴ mediante este sentencia el *BVerG* consideró la parte reservada a los hijos como manifestación de la garantía del artículo 14 GG (propiedad y herencia) que tiene un elemento que trasciende a las generaciones; el Tribunal dio gran importancia al elemento histórico en la configuración de la institución, entendiendo que además la «*Pflichtteil*» es expresión de la solidaridad familiar fundada en el 6 GG, el cual garantiza que la relación entre el testador y sus hijos es como una comunidad de vida, con el derecho y la obligación de responsabilizarse unos de otros. Por todo ello el *BVerG* declaró constitucional la regulación de la legítima contenida en el BGB e inconstitucional su hipotética supresión.

Sin embargo, para VAQUER ALOY²⁵ los razonamientos jurídicos de la sentencia dictan de ser convincentes, ya que los argumentos principales, la tradición de la legítima y su existencia en el derecho comparado europeo, son una constatación, pero no un argumento serio, pues presupone sin mayor esfuerzo argumental que el contexto histórico y social de finales del siglo XIX que determinó una opción de regulación de las legítimas sigue siendo válido en la actualidad.

Lo que parece indiscutible, tal y como afirma ARROYO I AMAYUELAS²⁶, es que el legislador alemán mantuvo el equilibrio entre la necesidad de adecuar el valor de la legítima a la realidad social y la obligatoriedad de observar el mandato contenido en la sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de abril de 2005.

En definitiva, podemos afirmar que en Alemania la legítima no pierde vigencia a pesar de la evolución en las estructuras familiares (incremento de

parejas no casadas y de hijos no matrimoniales, o con hijos procedentes de un matrimonio anterior, etc.) así como del aumento de la esperanza de vida, y todo ello porque frente a ello priman los principios de solidaridad familiar y de protección de la familia.

Por ello, resulta claro que la sustitución fideicomisaria especial introducida en España en 2003 como medio de protección patrimonial de los hijos o descendientes del testador incapacitados judicialmente sería considerada una figura jurídica inconstitucional en Alemania, ya que mediante esta institución se permite al testador con hijos o descendientes judicialmente incapacitados suprimir la legítima de otros de sus descendientes.

IV. MOTIVOS A FAVOR DE SU CONSTITUCIONALIDAD: LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ITALIANA COMO MEDIO DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS TUTELADAS

Por lo expuesto hasta el momento, podemos afirmar que debido a la regulación dada por el legislador a la LPPD, a través de la sustitución fideicomisaria especial el testador español que tenga hijos o descendientes incapacitados judicialmente podrá, en beneficio de estos, llegar incluso a desheredar al resto de herederos forzosos²⁷; y que en Alemania esta institución tendría sin ninguna duda el carácter de inconstitucional, ya que choca frontalmente con el contenido de la sentencia de su Tribunal Constitucional de 19 de abril de 2005, a través de la cual se protegió constitucionalmente la legítima de los descendientes.

Pero, ¿y en España? ¿Podría declararse inconstitucional la sustitución fideicomisaria especial a través de la cual puede vulnerarse la legítima estricta de algunos herederos forzosos?

Para responder a esta pregunta vamos a estudiar el supuesto italiano, donde tras la creación de la sustitución fideicomisaria asistencial como medio de protección de las personas incapacitadas (aunque solo de los tutelados, no de los curatelados) también se cuestionó en un principio su constitucionalidad por vulnerar la legítima de algunos herederos forzosos.

Lo primero que hemos de aclarar desde el principio es que a diferencia de lo que ocurre con la sustitución fideicomisaria especial española, donde la legítima gravada es la del resto de herederos forzosos, en Italia la legítima que queda gravada mediante la sustitución fideicomisaria es precisamente la del propio incapacitado tutelado tal y como expondremos a continuación.

La sustitución fideicomisaria en Italia como medio de protección de las personas incapacitadas fue introducida en el Ordenamiento jurídico italiano a raíz de una reforma introducida en el Derecho de Familia, por la Ley de 19 de mayo de 1975, núm. 151²⁸.

Recoge el artículo 692 del Código Civil italiano en su primer párrafo que: *«Cualquiera de los padres o de los otros ascendientes en línea recta o el cónyuge del tutelado pueden instituir respectivamente al hijo, al descendiente, o al cónyuge con la obligación de conservar y restituir a su muerte los bienes que constituyen la legítima, a favor de la persona o de los entes que, bajo la vigilancia del tutor, hayan cuidado del propio tutelado».*

Pero igualmente, al quedar gravada la legítima del tutelado (y, por ende, la de sus herederos forzosos) se produce la vulneración del principio de intangibilidad de la legítima del Ordenamiento jurídico italiano, recogida en el artículo 549 del Código Civil italiano²⁹.

Esta vulneración del principio de intangibilidad de la legítima supuso el planteamiento de la legitimidad constitucional de la sustitución fideicomisaria, ya que, como recoge TALAMANCA³⁰, gran referente en el estudio de la figura en Italia, *«el testador, comprendiendo la legítima expectante al mismo incapacitado, podrá privar a los descendientes, legítimos o naturales, de este último de su propia legítima».*

Tras la entrada en vigor de la sustitución fideicomisaria asistencial, en Italia se planteó que la nueva regla podía ser constitucionalmente ilegítima por vulnerar en particular el artículo 3 de la Constitución italiana (igualdad ante la ley), porque la norma iría en perjuicio de la propia posición del tutelado, el cual vería gravada su legítima por el vínculo fideicomisario, o lo que es lo mismo, que el tutelado tendría una capacidad de suceder diversa y limitada respecto a la de los otros ciudadanos o familiares no tutelados.

Efectivamente, parte de la doctrina denunció la inconstitucionalidad de la sustitución fideicomisaria por vulneración del artículo 29.1.º de la Constitución italiana, que reconoce y protege los derechos de la familia, pero, sobre todo, por vulneración del principio de igualdad que recoge el artículo 3 de la Constitución, a causa de la limitada capacidad de suceder reconocida al incapacitado tutelado y de sus futuros legitimarios.

Dentro de esta corriente doctrinal, destacaban, por ejemplo, los autores FINOCCHIARO A. y FINOCCHIARO M.³¹, al manifestar que *«por nuestra parte, se mantiene la inconstitucionalidad de la figura en la parte en la que se consiente que la sustitución fideicomisaria pueda englobar también los bienes que constituyen la legítima»*; y también DE CUPIS³², que considera que *«la previsión legislativa sería una clara violación del principio de la intangibilidad de la cuota de reserva del tutelado».*

Sin embargo, la corriente dominante consideró que el legislador italiano gozaba de legitimidad para acabar con el principio de la intangibilidad de la legítima en favor del incapacitado, y que la sustitución fideicomisaria no podía entenderse inconstitucional bajo ningún concepto, principalmente, por tres motivos:

1. Porque la norma en su tenor literal, en el artículo 692 en concreto, dice lo que dice, sin que puedan existir posibles interpretaciones al respecto.

2. Por la finalidad de la institución reformada, que no era otra que la protección y asistencia de los incapacitados.

3. El poder que el artículo 42 de la Constitución reconoce al legislador italiano para regular los límites de la sucesión legítima y testamentaria, ya que expone que *«la ley establece las normas y los límites de la sucesión legítima y testamentaria y los Derechos del Estado sobre las herencias»*, lo cual puede suponer que el legislador altere los límites al principio de la legítima cuando lo entienda necesario, como fue el caso de la sustitución fideicomisaria para proteger a los tutelados italianos.

Destacaron, en este sentido, autores como VANNI³³, que expuso *«la excepcionalidad de la institución, sin embargo, justifica la derogación del susodicho principio fundamental de derecho sucesorio que reserva siempre y de todas formas a los legitimarios una cuota de la herencia, ya que en este caso, siendo objetivo de la institución el de incentivar al máximo el cuidado del incapacitado, es evidente que mayor es el patrimonio que puede ser atribuido a favor de los entes o de las personas que hayan cuidado del incapacitado, y más elevado será el interés de estos últimos por hacerse cargo del compromiso»*.

También TAMBURRINO³⁴ expresó que *«la norma ha preocupado a los comentaristas de la novela que han visto una violación del principio fundamental de la intangibilidad de la legítima y de los intereses de los legitimarios incluido el mismo incapacitado, hasta incluso llegar a dudar de su constitucionalidad al compararlo, o bien con el artículo 29.1.º de la Constitución, o con el artículo 3 de la Constitución. No creemos oportuno seguir esa tesis y esto sobre la nueva base de la sustitución fideicomisaria, la cual no se relaciona más con la familia y su tutela, sino al cuidado del incapacitado para cuyo cuidado el legislador ha admitido que pueda destinarse también la legítima, en el sentido que pueden entrar también en la sustitución los bienes que forman parte de la legítima cuando el testador disponga que estos sirvan también para compensar las personas o los entes indicados por la tutela prestada al incapacitado»*.

Mientras que GENGHINI y CARBONE³⁵ indicaron que *«algunos autores han criticado la elección del legislador, entendiéndola contraria al principio de igualdad que reconoce el artículo 3 de la Constitución: el instituido, en cuanto tutelado, asumiría una limitación de la legítima que otros instituidos no asumirían; se produciría un tratamiento dispar que dañaría a los futuros legitimarios de este. En realidad, se obvia, no está dirigida a crear un perjuicio al incapacitado, sino una ventaja, asegurándole la asistencia»*.

Por último, PUTTI³⁶ consideró que *«el Ordenamiento consentiría esta derogación de los principios generales en materia sucesoria por dos motivos: de un lado por la excepcionalidad de las hipótesis normativas de la sustitución fideicomisaria (en consideración de la finalidad que ha inspirado al legislador) y del otro, en virtud del poder reconocido al legislador ordinario de regular los límites de la sucesión legítima y testamentaria (art. 42 Constitución)»*.

En mi opinión, a todos los argumentos anteriormente esgrimidos, hoy en día existe otro motivo por el que únicamente se puede apostar por la constitucionalidad de la sustitución fideicomisaria italiana: el paso del tiempo.

Y es que, esta institución como medio de protección y asistencia de las personas tuteladas perdura desde hace más de 40 años en el Ordenamiento jurídico italiano, ¿cómo considerarla entonces inconstitucional?

En Italia, la doctrina que denunciaba la inconstitucionalidad de la sustitución fideicomisaria lo hacía por la posible vulneración del artículo 29.1.º de la Constitución italiana, que reconoce y protege los derechos de la familia, y, sobre todo, por vulneración del principio de igualdad que recoge el artículo 3 de la Constitución, a causa de la limitada capacidad de suceder reconocida al incapacitado tutelado y de sus futuros legitimarios.

En España los motivos por los que alegar la inconstitucionalidad de la sustitución fideicomisaria serían también precisamente la violación de dos artículos de nuestra Constitución, concretamente del artículo 33.1 que *«reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia»*; y del artículo 39.3 de la CE que expone que *«los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda»*.

Es decir, que es precisamente la legítima, el instrumento elegido en nuestro Ordenamiento jurídico para conciliar el derecho a la herencia (art. 33.1 CE) con el derecho a la protección de la familia (art. 39 CE).

Lo primero que se ha de tener en cuenta es la ubicación del artículo 33.1 en el texto constitucional. Si bien la propiedad privada y la herencia se incluyen en el Capítulo Segundo del Título Primero, referente a los derechos y libertades, no se integra en los derechos fundamentales y libertades públicas de la Sección 1.ª, sino que se sitúa entre los «derechos y deberes de los ciudadanos» de la Sección 2.ª. O lo que es lo mismo, que no se halla entre los derechos fundamentales, por lo que no goza de las garantías otorgadas a los derechos y libertades del artículo 14, y de la Sección 1.ª del Capítulo Segundo del Título Primero.

Por ello, considero que a la legítima no ha de otorgársele el carácter de constitucional, ya que de ser así debería, por ejemplo, considerarse inconstitucional lo que ocurre en el valle de Ayala en Ávila, donde rige la libertad absoluta de testar para el testador, reflejando el artículo 89.1 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco que *«los que ostenten la vecindad civil local ayalesa pueden disponer libremente de sus bienes como quisieren y por bien tuvieren por testamento, donación o pacto sucesorio, a título universal o singular, apartando a sus legitimarios con poco o mucho»*.

E igualmente coincide la situación española con la italiana en el sentido de que la doctrina italiana que apostaba por la constitucionalidad de la sustitución fideicomisaria asistencial lo hacía basándose en otro artículo de la Constitución

italiana, concretamente el artículo 42 que reconoce al legislador italiano la capacidad para regular los límites de la sucesión legítima y testamentaria, pudiendo, por tanto, alterar los límites al principio de la legítima.

Por nuestra parte, en España podemos identificar un artículo de nuestra Constitución casi con la misma finalidad, como es el artículo 49, cuando expone que *«los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos»*.

Es decir, que el artículo 49 de la CE obliga a los poderes públicos a «amparar especialmente» a las personas incapacitadas judicialmente para el disfrute de los derechos que el Título I de la CE otorga a todos los ciudadanos, derechos entre los cuales se incluyen el de la herencia y la protección familiar antes estudiado.

Por ello, llego a la conclusión de que el legislador español de 2003, tal vez amparándose en el contenido del artículo 49 de la CE, introdujo la sustitución fideicomisaria como una medida especial-excepcional de protección de las personas incapacitadas judicialmente, tal y como lo hizo el legislador italiano con su sustitución fideicomisaria asistencial en 1975 a través del artículo 42 de su Constitución.

V. CONCLUSIONES

I. Actualmente en España cualquier testador con hijos o descendientes incapacitados judicialmente podrá instituir a favor de estos una sustitución fideicomisaria especial sobre todo el tercio de legítima estricta, lo cual hace más que probable que el resto de herederos forzosos se vean privados de su legítima estricta en mayor o menor medida.

II. Por ello, considero que tarde o temprano nuestro Tribunal Constitucional deberá pronunciarse respecto a la inconstitucionalidad o no de dicha institución especial, como ocurrió por ejemplo en Alemania en 2005, donde el Tribunal Constitucional apostó por la protección constitucional de la legítima de los descendientes en cualquier caso, lo cual extrapolándolo al supuesto de la sustitución fideicomisaria especial española supondría su inconstitucionalidad.

III. Sin embargo, en mi opinión, existen varios motivos para apostar por la constitucionalidad de dicha institución, incluso siendo consciente de que a través de ella puede llegar a privarse de su legítima a ciertos herederos forzosos.

IV. Los motivos que me hacen apostar por la constitucionalidad de la institución estudiada son, entre otros, en la enorme similitud del problema constitucional de la institución con lo ocurrido en Italia en 1975, donde a día de hoy ya nadie duda de su constitucionalidad; o, en la literalidad de los artículos 782,

808.3 y 813 del Código Civil español; o, la finalidad excepcional de la sustitución fideicomisaria especial que le hace quedar amparada por el artículo 49 de la Constitución; o, por último, la perduración de la institución en nuestro Ordenamiento a lo largo del tiempo, ya que hace más de trece años que la sustitución fideicomisaria especial forma parte del Ordenamiento jurídico español.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO (2005). El gravamen con una sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado de la legítima estricta de los demás descendientes, en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, número 35.
- ARROYO I AMAYUELAS (2010). La reforma del Derecho de Sucesiones y de la prescripción en Alemania, www.indret.com, Indret 1/2010.
- CÁMARA LAPUENTE (2010). *Comentarios al Código Civil*, Dir.: Domínguez Luelmo, 1.^a Edición, Editorial Lex Nova.
- DE CASTRO (1948). Incapacitación del imbecil, en *Anuario de Derecho Civil*.
- DE CUPIS (1975). Postilla sul nuovo diritto di famiglia, en *Rivista di diritto civile*, Tomo I.
- DÍAZ ALABART. La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente (art. 808 del Código Civil, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre), en *Revista de Derecho Privado*, núm. 5-6.
- (2004). El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación, en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, Pérez de Vargas Muñoz (coordinador), Editorial La Ley, Madrid, 2006.
- DOMÍNGUEZ LUELMO (2010). Artículo 813, en *Comentarios al Código Civil*, Domínguez Luelmo (director), 1.^a Edición, Editorial Lex Nova.
- FINOCCHIARO, A. y FINOCCHIARO, M. (1984). *Diritto di famiglia, Commento sistematico della legge 19 maggio 1975*, Volume Secondo, Giuffrè, núm. 151.
- GENGHINI y CARBONE (2012). *Le successioni per causa di morte*, Tomo II, Casa Editrice Dott. Antonio Milani.
- GALVAN GALLEGOS (2005). La legítima en Alemania, en *Actualidad Civil*, núm. 12, diciembre de 2016,
- GOMÁ LANZÓN, *Los derechos de cónyuge viudo*, Instituciones de Derecho Privado, Tomo V, Sucesiones, Volumen 3.º, Editorial Thomson Cívitas.
- MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA (2014). Reflexiones sobre la legítima, en *Estudios de Derecho de Sucesiones, Liber Amicorum, T. F. Torres García*, Domínguez Luelmo, García Rubio y Herrera Oviedo (coords.), Editorial La Ley.
- PEREÑA VICENTE (2004). El Derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado, en *Diario La Ley*, núm. 5957.
- RAGEL SÁNCHEZ (2013). Artículo 808, en *Comentarios al Código Civil*, Tomo IV, Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), Editorial Tirant Lo Blanch.
- RIPOLL SOLER (2005). La sustitución fideicomisaria del nuevo artículo 808 del Código Civil: fideicomiso de residuo, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 114.

- RUIZ-RICO RUIZ MORÓN (2004). La reforma del Derecho de sucesiones con motivo de la protección de las personas con discapacidad, en *Actualidad Civil*, número 4.
- TALAMANCA (1978). Artículo 692, en *Commentario del Codice Civile*, a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Libro Secondo, Delle Successione, Nicola Zanichelli Editore, Soc. Ed. del Foro Italiano Roma.
- TAMBURRINO (1978). *Lineamenti del nuovo diritto di famiglia italiano*, Seconda Edizione, Unione Tipografico-Editrice Torinese.
- TORRES GARCÍA y GARCÍA RUBIO (2014). *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.
- VANNI (1995). La sostituzione fedecommissaria. La trasformazione attuata dalla riforma del diritto di famiglia e l'indifferente disciplina del nuovo testo unico delle imposte sulle successioni, en *Il fisco*.
- PUTTI (1990). La sostituzione fedecommissaria prima e dopo la reforma del Diritto di famiglia, en *La nuova giurisprudenza civile commentata*, Anno VI, Parte Seconda.

NOTAS

¹ En adelante del Código Civil, y que fue publicado en GACETA de 25 de julio de 1889.

² Publicada en el *BOE* núm. 277, de 19 de noviembre de 2003.

³ Da igual que la sentencia sea parcial (curador) o total (tutor, o patria potestad rehabilitada o prorrogada).

⁴ MARTÍN MELÉNDEZ, *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, Editorial Dykinson, Madrid, 2010, 54 y 55.

⁵ RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, La reforma del Derecho de sucesiones con motivo de la protección de las personas con discapacidad, en *Actualidad Civil*, número 4, 2004, 363, nota 7, cuenta que «seguramente, puesto que es una medida excepcional, el legislador haya querido introducir la posibilidad de gravar la legítima solo cuando quede garantizado que el favorecido es persona que no puede gobernarse por sí misma. Por otro lado, cabe pensar también que esta es una forma de fomentar la incapacitación; no hay que olvidar que es una medida de protección».

Y en la misma línea, RIPOLL SOLER, La sustitución fideicomisaria del nuevo artículo 808 del Código Civil: Fideicomiso de Residuo, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, Editorial Centro de Estudios, núm. 114, 2005, 826, manifiesta que «me inclino a pensar que el gravamen legitimario lo que trata también, desde un punto de vista de política legislativa, es de incentivar la incapacitación judicial, que, por otro lado, tarde o temprano, tendrá que llegar, pues el hijo incapaz bajo el cobijo de los padres, irremisiblemente se convierte en actor jurídico para heredar a estos».

⁶ Como ya apunto incluso antes PEREÑA VICENTE, «El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado», en *Actualidad Civil*, núm. 15, septiembre de 2004, 1763, al exponer que «no hay que olvidar que el artículo 813 del Código Civil consagra como regla general que la legítima no podrá ser gravada, por lo que esta posibilidad es una excepción a la misma y, como tal deberá ser objeto de interpretación restrictiva».

O también GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, «La sustitución fideicomisaria a favor de persona con discapacidad», Conferencia pronunciada el 22 de noviembre de 2013, en el marco de las Jornadas tituladas *Instrumentos jurídicos-privados de protección de las personas con discapacidad*, organizadas por la Universidad de Navarra y la Fundación Aequitas, donde fijó que «tal vez sea más correcto entender que nos encontramos ante un supuesto en el que el legislador se muestra más garantista: puesto que supone una excepción a la

intangibilidad de la legítima que produce como resultado la afectación de derechos de terceros (pues priva provisionalmente a los legitimarios de lo que les corresponde por legítima estricta en la sucesión del difunto), se considera indispensable la intervención judicial, sin que baste el control meramente administrativo ligado a la discapacidad».

⁷ Enfermedad de tal consideración que no sufren las personas que tengan simplemente reconocida administrativamente una discapacidad física o sensorial, sino que se exige para poder ser beneficiaria de la sustitución fideicomisaria especial que se le haya incapacitado judicialmente.

⁸ MARTÍN MELÉNDEZ, *op. cit.*, 63 y 64.

⁹ Nada tiene que ver con las excepciones a la intangibilidad cualitativa de la legítima estricta que existían con anterioridad a la entrada en vigor de la LPPD, excepciones que, por regla general, simplemente suponían el aplazamiento del cobro de la legítima, como era el caso de la *cautela socini*, o la posibilidad de conmutar la legítima en dinero. Como veremos a lo largo del presente artículo, a través de esta institución se puede llegar incluso a darse la intangibilidad cuantitativa de la legítima estricta, llegando con ello a desheredarse al resto de herederos forzosos.

¹⁰ En adelante del Código Civil.

¹¹ LASARTE, *op. cit.*, 136.

¹² RIVAS MARTÍNEZ, Problemas «habituales» en los testamentos y particiones con los fideicomisos normales y de residuo, *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, Tomo I, Directores: Lledó Yagüe, Ferrer Vanrell y Torres Lana, Editorial Dykinson, Madrid, 2014, 487.

¹³ DÍAZ ALABART, El fideicomiso..., *cit.*, 231.

¹⁴ NIETO ALONSO, *Sustitución fideicomisaria de residuo, usufructo testamentario de disposición y donación. La atribución de facultades dispositivas y la repercusión de la situación de necesidad*, Editorial Wolters Kluwer, Madrid, 2014, 34.

¹⁵ Así lo refleja, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de enero de 1959, al exponer que «...el fideicomiso de residuo puede adoptar dos modalidades: 1.ª Hipótesis en que el testador faculta al fiduciario para disponer de los bienes objeto de la institución sin trabas de ningún género. En este caso los herederos fideicomisarios solo recibirán, en su día, lo que quede o reste, si algo efectivamente queda de la herencia. (En esta hipótesis aparecerá el fideicomiso conocido como si aliquid supererit, si queda algo).

2.ª. Supuesto en la que el causante restringe al fiduciario los poderes de disposición de tal forma que siempre los fideicomisarios deben recibir un mínimo del caudal hereditario, que necesariamente ha de recaer en ellos, por expresa voluntad de aquel (aparecerá el llamado de eo quod supererit, de aquello que deba quedar)».

O, también, la Sentencia de 25 de mayo de 1971, mediante la cual, reitera que «en cuanto a la naturaleza de las cláusulas testamentarias de residuo, depende sobre todo de la intención del testador, pudiendo adoptar dos modalidades: Primera. En el supuesto de que el testador (fideicomitente) faculta al fiduciario para 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 aliquid supererit), si queda algo; y Segunda. En la hipótesis de que el causante restrinja los poderes de disposición de tal forma que siempre los fideicomisarios deben recibir un mínimo del caudal hereditario, que necesariamente ha de recaer en ellos por expresa voluntad de aquel (de eo quod supererit), de aquello que debe quedar».

¹⁶ La corriente doctrinal negativa que considera que la sustitución fideicomisaria especial introducida por la LPPD no podrá ser nunca de residuo, es, sin duda, la corriente compuesta por la mayoría de autores. De entre ellos destacan, por ejemplo, ALBALADEJO, El gravamen con una sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado de la legítima estricta de los demás descendientes», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, número 35, Madrid, 2005, 43, cuando expone que «la sustitución fideicomisaria de que se trata es una sustitución fideicomisaria normal, no con facultad de disponer, ni tampoco fideicomisaria de residuo, las que el testador no podría establecer aunque quisiera.

Sin embargo, hay quien opina que el testador puede dispensar al incapacitado fiduciario del deber de conservar, disponiendo incluso un fideicomiso de residuo.

Opinión claramente errónea (...). Permitir esto sería tanto como que directa o eventualmente pudiese el testador dejar al incapacitado la parte libre, la mejora entera y también la legítima entera, privando de esta a todos los demás legitimarios que no fuesen el incapacitado».

O también LEÑA FERNÁNDEZ, Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003, en *Discapacitado, patrimonio separado y legítima*, Cuadernos de Derecho Judicial, XX, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2.005, 195, cuando indica que «ciertamente, la modificación efectuada de los artículos del Código Civil no limita el tipo de fideicomiso que puede imponerse, por lo que parece tendría cabida el condicional e incluso el de residuo. Sin embargo, una interpretación finalista de la Ley lleva a no admitir esos tipos de fideicomiso puesto que solo admite el gravamen de la legítima estricta con el fideicomiso regulado, pero no la privación de esa legítima estricta, cosa que podría ocurrir si no se cumpliese la condición puesta por el testador a los fideicomisarios en el fideicomiso condicional o no existiesen bienes para transmitir a los fideicomisarios por haber dispuesto de ellos el fiduciario en el caso de fideicomiso de residuo».

¹⁷ Esta corriente considera posible la constitución de una sustitución fideicomisaria especial de residuo sobre el tercio de legítima estricta, siempre y cuando se acredite la estricta necesidad de disponer del fiduciario incapacitado. En tal sentido destacan autores como RAGEL SÁNCHEZ, Artículo 808, en *Comentarios al Código Civil*, Tomo IV, Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, 5865, cuando manifiesta que «el sacrificio de privación de la legítima de los descendientes no incapacitados cuando se constata la necesidad del descendiente incapacitado. Fuera de este caso extremo de estricta necesidad, estimamos que la sustitución fideicomisaria no debe llevar a la privación de la legítima estricta, por más que lo hubiera previsto el testador al establecer un fideicomiso de residuo. Por lo tanto, quedarían excluidas las posibilidades de disponer a título gratuito de los bienes fideicomitados, tanto inter vivos como mortis causa, porque en tales supuestos no se estará acreditando que exista necesidad por parte del fiduciario».

También RIPOLL SOLER, La sustitución fideicomisaria del nuevo artículo 808 del Código Civil: fideicomiso de residuo, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 114, 2005, 5865, entiende que «aunque no estará exento de críticas, me parece que la solución adecuada es entender que la norma se está refiriendo a un fideicomiso de residuo con facultades de disposición para caso de necesidad del incapacitado».

O, por último, DOMÍNGUEZ LUELMO, Artículo 813, en *Comentarios al Código Civil*, Domínguez Luelmo (dir.), 1.ª Edición, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2010, 931, cuando indica: «A mi juicio, cabe igualmente gravar la legítima estricta con un fideicomiso de residuo, permitiendo al incapacitado la disposición de todos los bienes en caso de necesidad».

¹⁸ PEREÑA VICENTE, *El Derecho...*, cit., 2.

¹⁹ CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, 726.

²⁰ DÍAZ ALABART, *La sustitución...*, cit., 1050.

²¹ BGBI.I, 3142-3144.

²² *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005/32, 1561.

²³ GALVAN GALLEGOS, La legítima en Alemania, en *Actualidad Civil*, núm. 12, diciembre de 2016, 2.

²⁴ TORRES GARCÍA y GACRÍA 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, 137 y 138.

²⁵ VAQUER ALOY, Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima, *Indret*, núm. 3, 2007, 13.

²⁶ ARROYO I AMAYUELAS (2010): 5.

²⁷ Imaginemos el caso en el que el testador instituye fiduciario sobre el tercio de legítima estricta a su nieto incapacitado, al que al mismo tiempo le deja el tercio de libre disposición y el de mejora. En tal supuesto, los herederos legitimarios del causante deberán esperar a que

fallezca el incapacitado fiduciario para poder disfrutar de su tercio de legítima estricta, pero debido a la diferencia de edad, los fideicomisarios premueren al fiduciario. En tal supuesto, aunque los fideicomisarios serán sustituidos en su cuota de legítima estricta por sus herederos, lo cierto es que ellos en vida se habrán visto privados de su legítima estricta.

Otro ejemplo sería el supuesto en el que el testador establece una sustitución fideicomisaria especial de residuo *si aliquid supererit*, y el tutor del fiduciario incapacitado decide disponer de todos los bienes fideicomitidos para proteger al incapacitado. En este caso, igualmente el resto de herederos legitimarios quedarían privados de su legítima estricta.

²⁸ Ley 19 de mayo de 1975, núm. 151, de reforma del Derecho de Familia.

²⁹ Artículo 549 del Código Civil: *Divieto di pesi o condizioni sulla quota dei legittimari. «Il testatore non può imporre pesi o condizioni sulla quota spettante ai legittimari salva l'applicazione delle norme contenute nel titolo IV di questo libro».*

³⁰ TALAMANCA (1978): 345.

³¹ FINOCCHIARO A. y FINOCCHIARO M. (1984): 2395.

³² DE CUPIS (1975): 130.

³³ VANNI (1995): 6.285.

³⁴ TAMBURRINO (1978): 424.

³⁵ GENGHINI y CARBONE (2012): 1267.

³⁶ PUTTI (1990): 426.

*(Trabajo recibido el 2-3-2018 y aceptado
para su publicación el 17-7-2018)*