

## 1.4. Sucesiones

# Algunas cuestiones sobre la protección de determinados familiares mediante la sustitución fideicomisaria

## *About the protection of a family members through the trust replacement*

por

TOMÁS NOGUERA NEBOT

*Profesor titular (E.U.) de Derecho civil. Universidad de Huelva*

**RESUMEN:** En relación a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre reforma, podemos destacar algunas ideas. En primer lugar, hay que resaltar que permite alterar el tradicional principio de la intangibilidad de la legítima. En segundo lugar, hay que poner de manifiesto que, con esta reforma en concreto, el sujeto al que se pretende proteger no es aquel a quien, en principio, trata de tutelar toda la Ley (la persona con discapacidad), sino otro distinto que no tiene que coincidir con aquel: el incapacitado judicialmente. También es resaltable el que se trata de una reforma parcial del Derecho de sucesiones.

**ABSTRAC:** *In relation to Law 41/2003, of November 18 reform, we study some ideas. First of all, it should be noted that it allows us to alter the traditional principle of the intangibility of the legitimacy. With this particular reform, the subject to whom it is intended to protect is not the one who, in principle, tries to protect the entire Law (the person with a disability), but a different one it does not have to coincide with that one: the legally incapacitated. It is also noteworthy that it is a partial reform of inheritance law.*

**PALABRAS CLAVE:** Sustitución fideicomisaria. Legítima.

**KEY WORDS:** *Trustee replacement. Legitimate.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA PROTECCIÓN DE DETERMINADOS FAMILIARES MEDIANTE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: 1. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA. 2. REFERENCIA A LOS CONCEPTOS DISCAPACIDAD, INCAPACITACIÓN Y DEPENDENCIA. 3. POSIBLES FAMILIARES PROTEGIDOS MEDIANTE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA. 4. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL OBJETO DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.—III. BREVE CONCLUSIÓN.

## I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, la Constitución Española —en su Título Preliminar— establece en el artículo 9.2 que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». Y dentro de «los principios rectores de la política social y económica» el artículo 49 dispone 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<sup>1</sup> otorga a todos los ciudadanos».

Son muchos los mecanismos que, en cumplimiento del mandato que a los poderes públicos da el artículo 49, tratan de responder a la especial situación de las personas con discapacidad, ordenando los medios necesarios para que la minusvalía que padecen no les impida el disfrute de los derechos que a todos los ciudadanos reconocen la Constitución y las leyes.

En ese sentido podemos destacar 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, que fue publicada en el BOE de 19 de noviembre de 2003 y que entró en vigor al día siguiente.

Dicha Ley fue aprobada en un momento de especial sensibilización de la sociedad y de los poderes públicos hacia las personas con discapacidad: el año 2003 fue declarado «Año Europeo de las personas con discapacidad».

El objeto inmediato de dicha ley —destaca su exposición de motivos— es la regulación de una masa patrimonial, el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, la cual queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad, favoreciendo la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos a la misma. Los bienes y derechos que forman este patrimonio, que no tiene personalidad jurídica propia, se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, sometiéndolos a un régimen de administración y supervisión específico.

El contenido de la Ley 41/2003 —precisa su exposición de motivos— no acaba en la regulación del patrimonio protegido de las personas con discapacidad, sino que además se incorporan distintas modificaciones de la legislación vigente que tratan de mejorar la protección patrimonial de estas personas, aumentando las posibilidades jurídicas de afectar medios económicos a la satisfacción de las necesidades de estas personas o que, en general, mejoran el tratamiento jurídico de las personas con discapacidad. Hay que destacar que estas modificaciones se realizaron siguiendo las pautas aconsejadas por la Comisión General de Codificación.

En concreto, el artículo 10 de la citada Ley 41/2003 modificó el Código civil en materia de régimen sucesorio y dicha modificación afectó, entre otros, a los artículos 782, 808, 813.2; dando nueva redacción al primero y al último y añadiendo un nuevo párrafo tercero al artículo 808, todo ello con el fin de que pueda gravarse el tercio de legítima estricta con una sustitución fideicomisaria en la que sean fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los herederos forzosos.

En relación a esta reforma, podemos destacar algunas ideas<sup>2</sup>. En primer lugar, hay que resaltar que permite alterar el tradicional principio de la intangibilidad de la legítima<sup>3</sup>. En segundo lugar, hay que poner de manifiesto que, con esta reforma en concreto, el sujeto al que se pretende proteger no es aquel a quien, en principio, trata de tutelar toda la Ley (la persona con discapacidad), sino otro distinto que no tiene que coincidir con aquel: el incapacitado judicialmente. También es resaltable el que se trata de una reforma parcial del Derecho de sucesiones.

De entre la rica problemática que tal reforma del Código civil plantea, vamos a ocuparnos de algunas cuestiones.

## II. LA PROTECCIÓN DE DETERMINADOS FAMILIARES MEDIANTE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

### 1. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

El Código civil establece en su artículo 781 que «las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador».

Como ha resaltado la doctrina, nuestro Código nos ofrece en el artículo 781 una aproximación inicial extraordinariamente pobre de la sustitución fideicomisaria. De una parte, no llega ni siquiera a indicar que el *tercero* al que alude es también heredero (heredero fideicomisario), y, de otra parte, sugiere que la suerte y eficacia de la sustitución depende de *el encargo* hecho por el testador al primer llamado, cuando verdaderamente la designación de ambos herederos sucesivos la lleva a cabo el propio testador (fideicomitente). Ambos son herederos del testador, aunque lo sean de forma sucesiva en el tiempo, quedando obligado el primero de ellos a conservar los bienes a favor del segundo.

Como muy claramente expone el profesor LASARTE<sup>4</sup>, el supuesto de hecho de la sustitución fideicomisaria requiere que se den los siguientes presupuestos:

— Una determinación testamentaria expresa establecida por el testador al respecto, pues la constitución de la sustitución fideicomisaria solo puede encontrar fundamento en la libre voluntad del causante.

— Pluralidad de herederos instituidos que, al menos, deben ser dos, pero que pueden ser más. El testador decide, por ejemplo, que alguien sea heredero durante un determinado periodo de tiempo (normalmente, duración vitalicia) y que, después, sea llamado otro heredero, al que el artículo 781 denomina de forma imprecisa «tercero». Hay, por tanto, un doble (o, en su caso, múltiple) llamamiento a una misma herencia.

— Tal llamamiento ha de caracterizarse necesariamente por contener un orden o una ordenación sucesiva y temporal de los dos (o más) herederos.

— El heredero llamado en primer lugar (o varios de ellos en caso de llamamiento múltiple) queda obligado a conservar los bienes hereditarios en atención o beneficio del sustituto subsiguiente.

También hay que destacar como nota muy sobresaliente de la sustitución fideicomisaria su riguroso carácter temporal. De ahí la radical prohibición y nulidad de las disposiciones testamentarias que pretendan establecer un orden

plural y sucesivo de herederos de forma perpetua o indefinida. Tal idea se encuentra recogida en el Código, estableciendo el artículo 785.2 que «no surtirán efecto...las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aun la temporal, fuera del límite señalado en el artículo 781».

Pues bien, el Código civil —tras la reforma introducida por la Ley 41/2003— permite que el testador pueda gravar la legítima estricta con una sustitución fideicomisaria; pero solo cuando ello beneficiare a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado. Como mantiene la generalidad de la doctrina, ello supone alterar la regla de la intangibilidad de la legítima<sup>5</sup>. Como hemos dicho anteriormente, en esta materia los artículos afectados por la reforma son: el artículo 782 que tiene una nueva redacción; el artículo 808, al que se añade un nuevo tercer párrafo —pasando a ser cuarto el anterior párrafo tercero; y el artículo 813, a cuyo párrafo segundo se da nueva redacción.

Con anterioridad a la reforma introducida por la ley 41/2003, el artículo 813.2 del Código civil disponía: «Tampoco podrá imponer sobre ella —la legítima— gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo».

El nuevo artículo 813.2 ya prevé la posibilidad de que el testador pueda establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, al expresar: «Tampoco podrá imponer sobre ella —la legítima— 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». Por su parte el citado artículo 808, en su nuevo párrafo tercero, dispone: «Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos».

Por otro lado, el antiguo artículo 782 disponía: «Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima. Si recayeren sobre el tercio destinado a la mejora, solo podrán hacerse a favor de los descendientes».

Con redacción muy distinta —en lo que se refiere a la legítima— establece el nuevo artículo 782: «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». Mantiene sin cambio el gravamen de la mejora al establecer: «Si recayeren sobre el tercio destinado a la mejora, solo podrán hacerse a favor de los descendientes».

## 2. REFERENCIA A LOS CONCEPTOS DISCAPACIDAD, INCAPACITACIÓN Y DEPENDENCIA

Tenemos que resaltar que en la mayoría de las reformas que la Ley 41/2003 realiza en el ámbito de la sucesión *mortis causa*, el ser una persona con discapacidad aparece como el requisito determinante de las medidas de protección previstas; bastará en dichos casos que concorra en la persona alguna de las minusvalías a las que hace referencia su artículo 2, sin que sea necesaria la incapacitación judicial. Sin embargo, para poder gravar la legítima estricta con una sustitución fideicomisaria en beneficio de un hijo o descendiente es imprescindible que dicho legitimario se encuentre incapacitado judicialmente. No es suficiente que el hijo o descendiente tenga la consideración de persona con discapacidad para establecer en su favor una sustitución fideicomisaria.

Los conceptos discapacidad e incapacitación<sup>6</sup> no son idénticos, aunque tampoco incompatibles.

Como sabemos, para precisar cuál es el significado de la expresión *persona con discapacidad* debemos acudir a la disposición adicional cuarta del Código civil (añadida por el art. 13 de la Ley 41/2003) que establece: «La referencia que a personas con discapacidad se realiza en los artículos 756, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de Modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad».

Y conforme al artículo 2.2 de la citada Ley «únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad:

- a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento.
- b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento».

Por su parte el párrafo tercero del mismo artículo 2 nos indica cómo se acredita el grado de minusvalía, a saber «mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme».

Al no haber sido aprobada la normativa reglamentaria propia prevista en la disposición final segunda de la Ley 41/2003<sup>7</sup>, tenemos que recurrir al Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre<sup>8</sup>, que regula el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, aun cuando como se reseña en el propio texto reglamentario lo es en el ámbito de los Servicios sociales y de la Seguridad Social.

Sin embargo, como el artículo 2.2 de la Ley 41/2003 se refiere a tres minusvalías (psíquica, física y sensorial) y a distintos porcentajes para su atribución, se hizo necesario añadir una disposición adicional única (tarea realizada por el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero) al citado Real Decreto 1971/1999, la cual bajo la rúbrica de «Reconocimiento del Tipo de minusvalía» dispone que: «En los certificados y resoluciones de reconocimiento del grado de minusvalía expedidos por organismo competente, se hará constar en lo sucesivo como mención complementaria el tipo de minusvalía en las categorías de psíquica, física y sensorial, según corresponda»

Cabe plantearse si esa «o resolución judicial firme» del artículo 2.3 de la Ley 41/2003 es un modo de acreditación de la discapacidad distinto del certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por el contrario es punto final del recurso planteado ante la jurisdicción social previsto en el artículo 71 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social contra las resoluciones sobre reconocimiento del grado de minusvalía del artículo 12 del Real Decreto 1971/1999.

En relación con lo anterior, la profesora TORRES GARCÍA<sup>9</sup> se decanta por la segunda opción, ya que considera —de forma acertada— que el único medio de acreditar a una persona con discapacidad es el procedimiento regulado el Real Decreto 1971/1999.

En cuanto a la incapacitación, como se sabe, se encuentra regulada en los artículos 199 y siguientes del Código civil, habiendo sido derogados los artículos 202 a 214 por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, la cual regula los procesos que versen sobre la capacidad de las personas (arts. 748 a 755 LEC) y los de declaración de prodigalidad (arts. 756 a 763 LEC). Según el artículo 200 del Código civil «son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a las personas

gobernarse por sí misma». Además, para que una persona sea incapacitada no es suficiente con que en ella concurra alguna causa de incapacitación, sino que es imprescindible la correspondiente sentencia judicial que así lo declare (según el art. 199 CC).

La propia exposición de motivos de la Ley 41/2003 explica al referirse a los beneficiarios de patrimonios protegidos, que en las personas con discapacidad pueden concurrir o no las causas de incapacitación judicial contempladas en el artículo 200 del Código civil y, concurriendo, tales personas pueden haber sido o no judicialmente incapacitadas. Es decir, para tener la consideración de «*persona con discapacidad*» no es imprescindible estar judicialmente incapacitado; solo es necesario estar afectado por los grados de minusvalía señalados en el artículo 2.2; y el grado de minusvalía se puede acreditar —como hemos dicho antes— «mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente».

Por tanto, con este concepto de persona con discapacidad estamos ante una institución de nuevo corte para el Derecho Civil.

A los conceptos de discapacidad e incapacitación hay que unir, a partir de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia, el de dependencia, que es definido en su artículo 2.2 como «el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental de otros apoyos para su autonomía personal». Las «Actividades Básicas de la Vida Diaria (ABVD)» son, según el artículo 2.3 de la Ley 39/2006 «las tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como: el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas»; según el artículo 2.4, las «necesidades de apoyo para la autonomía personal» son «las que requieren las personas que tienen discapacidad intelectual o mental para hacer efectivo un grado satisfactorio de autonomía personal en el seno de la comunidad», lo cual está relacionado, según el anexo I del Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, con la capacidad para tomar decisiones, de modo que la misma será valorada en esas personas con discapacidad intelectual o mental para valorar o determinar su grado de dependencia. Según el citado Anexo I del Real Decreto 504/2007, esta capacidad para tomar decisiones consiste en la «capacidad de controlar, afrontar, y tomar por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo a las normas y preferencias propias. Agrupa la toma de decisiones relativas a las actividades de auto cuidado, actividades de movilidad, tareas domésticas, interacciones personales básicas y complejas, usar y gestionar el dinero y uso de servicios a disposición del público». Pues bien, cabe la posibilidad de que una persona sea declarada dependiente<sup>10</sup> por ser incapaz de tomar decisiones, motivo por el que podrá requerir de la ayudas o apoyos correspondientes que puedan derivar de la Ley 39/2006 y del Real Decreto 504/2007 y, además, por la misma razón, sea incapacitada judicialmente, nombrándosele un tutor o curador, según estime oportuno el juez competente<sup>11</sup>.

Así pues, una misma persona puede reunir los caracteres de dependiente e incapacitada; si bien una persona puede ser dependiente y no estar incapacitada judicialmente.

### 3. POSIBLES FAMILIARES PROTEGIDOS MEDIANTE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

Conforme a los artículos 782, 808.3 y 813.2 del Código civil, el familiar que puede ser protegido como fiduciario mediante una sustitución fideicomisaria tiene que estar incapacitado judicialmente; no es suficiente que sea una persona con discapacidad ni tampoco que sea una persona declarada dependiente.

Además de incapacitado judicialmente, debe ser hijo o descendiente del testador. Por tanto, no puede serlo un padre o ascendiente, ni tampoco el cónyuge viudo. Es curiosa la opción del legislador, puesto que —dadas las avanzadas edades que se alcanzan en nuestros días y las enfermedades físicas y psíquicas que en ellas suelen aparecer y que pueden ser causa de incapacitación— es frecuente que los familiares incapacitados sean, no los hijos o descendientes del testador, sino su cónyuge o sus padres y que sea a ellos a quienes se quiera favorecer, sin que la ley haya previsto la misma posibilidad que para los hijos y descendientes<sup>12</sup>. Si los hijos pueden verse privados temporalmente de su legítima para favorecer a un hermano incapacitado ¿por qué no en beneficio de un ascendiente incapacitado, sobre todo si este es su padre o su madre? Al no encontrar un motivo que justifique la negativa, la profesora DÍAZ ALABART<sup>13</sup> entiende que no existe inconveniente insalvable para establecer la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta de los hijos a favor del cónyuge o ascendiente incapacitado del testador. Sobre esta cuestión, nosotros pensamos igual que la profesora MARTÍN MELÉNDEZ<sup>14</sup>: que, aunque nos está justificada la exclusión de esas personas, la ley es muy clara al referirse solo a los hijos o descendientes, con lo que el cónyuge o el ascendiente del testador no podrán beneficiarse como fiduciarios de la sustitución fideicomisaria que estudiamos<sup>15</sup>.

Con anterioridad a la reforma de la Ley 41/2003, si se quería favorecer en especial a un descendiente, el titular de los bienes podía utilizar a tal fin el tercio de mejora y el tercio de libre disposición. Si ese mismo descendiente era, además, legitimario conservaba sus derechos respecto del tercio de legítima estricta que compartía, en su caso, con los restantes descendientes legitimarios. Lo que no podía hacer el testador era asignarle íntegramente el tercio de legítima estricta si existían otros legitimarios, ni gravar la legítima de estos en su beneficio.

Tras la reforma de la Ley 41/2003, la libertad del testador ha resultado muy ampliada. Como muy bien destaca la profesora RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN<sup>16</sup>, la reforma citada amplía la libertad del testador porque reconoce a este una facultad que antes no tenía. Lo hace en detrimento de la intangibilidad cualitativa de la legítima, porque se permite al testador incorporar una sustitución fideicomisaria al tercio de legítima estricta para favorecer en *particular al legitimario que esté incapacitado judicialmente*. Como indica el artículo 808.3 del Código civil, si alguno de los hijos o descendientes ha sido judicialmente incapacitado, el testador puede establecer un orden sucesivo de llamamientos al tercio de legítima estricta, en el cual el fiduciario va a ser el legitimario incapacitado y fideicomisarios los restantes coherederos forzosos, quienes tendrán que esperar a la muerte del incapacitado para disfrutar de sus derechos legitimarios. De esta forma el testador puede asegurar el disfrute del tercio íntegro de legítima a aquel de sus descendientes legitimarios incapacitado, con el consiguiente aplazamiento para los restantes legitimarios. En conclusión, como las posibilidades de disposición del testador en relación a los tercios de mejora y de libre disposición no han variado, todos sus bienes podrán ir a parar, aunque algunos no de forma definitiva, al descendiente incapacitado.

Una cuestión que se puede plantear es que el testador tenga varios hijos o descendientes incapacitados y otros que no lo sean. Si decide constituir la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta, ¿podrá ser fiduciario uno solo o deberán ser fiduciarios todos los hijos o descendientes incapacitados? Nosotros pensamos que el testador podrá nombrar fiduciario a uno, algunos o todos los hijos o descendientes incapacitados<sup>17</sup>. Ello a pesar de la literalidad —en plural— del artículo 808.3 del Código civil: «siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados», lo que podría llevar a pensar que, si son varios los hijos o descendientes incapacitados, todos deberían ser fiduciarios. Pensamos que el tenor literal del artículo obedece a una forma habitual de expresarse el legislador, puesto que ordinariamente utiliza el plural para referirse a los sucesores del causante, ya que lo normal es que sean varios (así, por ejemplo, suele referirse a los herederos forzosos, hijos o descendientes, padres y ascendientes...). Pero, sobre todo, pensamos que constituir una sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta es una facultad del causante cuando tiene hijos o descendientes incapacitados, y por tanto, puede utilizarla o no, libremente; igualmente puede utilizarla, libremente, a favor de todos, de algunos o de uno de ellos<sup>18</sup>.

Por otro lado, para que surta efecto la sustitución fideicomisaria es imprescindible que la incapacitación se mantenga al tiempo de la apertura de la sucesión. Como bien señala la profesora RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN<sup>19</sup>, si la incapacitación termina antes del fallecimiento del testador desaparece la causa que le habilita para gravar la legítima; la sustitución fideicomisaria, en su caso, se tendrá por no puesta y los herederos forzosos, a menos que se haya puesto para tal supuesto una cautela de opción compensatoria, podrán hacer efectivos sus derechos inmediatamente. También por faltar el presupuesto legal, si el designado fiduciario falleciere antes que el testador, accediendo a la condición de legitimarios por derecho de representación sus descendientes (no incapacitados), quedará sin efecto la sustitución fideicomisaria.

Llama la atención la diferencia de trato que el nuevo régimen establece entre los descendientes legitimarios con discapacidad, pero no incapacitados y los descendientes legitimarios que sí estén incapacitados. A los primeros se les puede beneficiar con el tercio de mejora y con el tercio de libre disposición, pero no se les puede favorecer con una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta. Por el contrario, a los descendientes judicialmente incapacitados, además de con los tercios de mejora y de libre disposición, se les puede favorecer con una sustitución fideicomisaria que grave la legítima de los demás legitimarios.

Sabemos que en el ámbito de la sustitución fideicomisaria podemos distinguir entre la sustitución ordinaria o pura y la sustitución fideicomisaria condicional. La diferencia básica entre ambas radica, como muy bien expresa el profesor LASARTE<sup>20</sup>, en que en la sustitución ordinaria o pura la delación hereditaria a favor del fideicomisario se considera producida en el mismo momento del fallecimiento del fideicomitente, mientras que en la sustitución fideicomisaria condicional el llamamiento del fideicomisario depende obviamente de que acaezca el hecho futuro o incierto elevado al rango de condición. En el supuesto de la sustitución fideicomisaria a que se refieren los artículos 782, 808.3 y 813.2 nos encontramos con una sustitución pura. El derecho del fideicomisario a la herencia es cierto desde el mismo momento de la muerte del fideicomitente. El fallecimiento del fiduciario marca el momento en el que los bienes fideicomitados pasarán a los fideicomisarios. En aplicación del artículo 784 del Código civil, si algún heredero fideicomisario, habiendo sobrevivido al testador, muere antes

que el fiduciario, los bienes objeto del fideicomiso que hubieren correspondido al citado fideicomisario irán a parar a sus herederos, cuando fallezca el fiduciario.

Vamos a continuar con otras cuestiones que merecen ser comentadas.

El tercio de legítima comprende, según dispone el artículo 806 del Código civil, «la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos», es decir, la legítima corresponde a los llamados legitimarios, a quienes no se puede privar de sus derechos si no existe una justa causa de desheredación. Y la legítima es de distribución igualitaria salvo que opere el derecho de representación.

Quiénes son legitimarios nos lo dice el artículo 807 del Código civil:

«1.º. Los hijos y descendientes respecto de los padres y ascendientes.

2.º. A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes.

3.º. El viudo o viuda en la forma y medida que establece este código».

Pues bien, en la sustitución fideicomisaria a que se refiere el nuevo artículo 808.3, tanto fiduciarios<sup>21</sup> como fideicomisarios, tienen que ser legitimarios. Concretamente el citado artículo señala que los fiduciarios serán «hijos o descendientes judicialmente incapacitados» y los fideicomisarios serán «los coherederos forzosos».

La peculiaridad consiste en que el testador, a partir de la reforma introducida por la Ley 41/2003, puede aplazar el disfrute de los bienes que por legítima estricta le correspondan a ciertos descendientes, concretamente a los designados como fideicomisarios; ello en beneficio de los hijos o descendientes designados fiduciarios. Sin embargo, el testador, si bien puede hacer lo anterior, no puede ampliar el grupo de beneficiarios de la legítima estricta, la cual tiene que ser distribuida por partes iguales, aún con la salvedad prevista en el artículo 808.3, entre las personas designadas en la ley.

Los fideicomisarios pueden ser varios (en el supuesto de que sean varios los legitimarios no incapacitados) y todos ellos son sustitutos directos del fiduciario y no son sustitutos entre sí. Podemos plantearnos que sucedería si, por algún motivo, faltase algún fideicomisario. En el supuesto que un fideicomisario muriese antes que el testador o no pudiese sucederle por estar incurso en causa de indignidad, sería suplido por sus propios descendientes como legitimarios por derecho de representación. Un caso distinto sería que un fideicomisario renunciare a su porción de legítima, supuesto en el que según lo dispuesto en el artículo 985.2 «sucederán en ella los coherederos por su derecho propio, y no por el derecho de acrecer». El fiduciario, de todas formas, mantendría en su poder los bienes —que hubiesen sido objeto de la sustitución fideicomisaria— mientras viviese.

#### 4. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL OBJETO DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

De entre las posibles cuestiones que se pueden tratar sobre el objeto de la sustitución fideicomisaria, vamos a referirnos a algunas de ellas.

Una cuestión importante es la relativa a precisar si para poder establecer la sustitución fideicomisaria que estamos estudiando es necesario, o no lo es, haber dispuesto de los demás bienes a favor del incapacitado.

Parece que lo que se persigue con el artículo 808.3, al establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor del incapacitado, es

que se pueda mejorar la sucesión de este más de lo permitido antes de la reforma de la Ley 41/2003, que era dejarle el tercio de libre disposición entero, el tercio de mejora entero y su parte en el tercio de legítima estricta. Ahora, además de eso, se puede establecer una sustitución fideicomisaria sobre la parte de legítima estricta de sus coherederos forzosos y nombrarle fiduciario.

¿Sin dejar al incapacitado el tercio libre y el de mejora, además de su legítima corta, se le puede nombrar fiduciario en el fideicomiso que grave la legítima corta de los coherederos forzosos? Nosotros pensamos que no. Solo podrá constituirse la sustitución fideicomisaria cuando, además de su porción en el tercio de legítima corta, todo el tercio de mejora y el de libre disposición se hayan atribuido al incapacitado<sup>22</sup>. El legislador, con la reforma de la Ley 41/2003, ha alterado el principio histórico y legalmente asentado de la intangibilidad cualitativa de la legítima, en cuanto sobre esta, según rezaba el anterior artículo 813.2, no podía imponerse «gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo». Parece de sentido común que una reforma de tal calado e importancia se haya realizado para que el incapacitado reciba más de lo que podía recibir antes de la misma. Lo que no sucedería si los tercios de mejora y de libre disposición no se le atribuyesen; es decir, si el testador pudiera constituir la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta de los coherederos forzosos —con la importancia y trascendencia que ello conlleva para los mismos: privación temporal, que podría ser muy prolongada, de la misma— pero atribuyese los citados tercios de mejora y libre disposición a otras personas, aunque fuesen otros legitimarios.

Además, la postura que aquí mantenemos se puede apoyar en la exposición de motivos de la Ley 41/2003, según la cual: «se permite que el testador pueda gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta, *pero solo cuando ello beneficiare* a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado». Se puede entender que la exposición de motivos se refiere a que dicha sustitución fideicomisaria *beneficiare* al incapacitado más de lo el testador ya podía beneficiarlo —antes de la reforma— dejándole, aparte de su legítima estricta, los tercios enteros de mejora y de libre disposición<sup>23</sup>.

Por otro lado, en acertada opinión de la profesora RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN<sup>24</sup>, la forma de delimitar los grupos de fiduciarios y fideicomisarios del artículo 808.3 hace entender que la facultad reconocida al testador no ampara, sin embargo, la posibilidad de ordenar una sustitución fideicomisaria que grave la legítima de hijos o descendientes incapacitados aunque se establezca en beneficio de otros hijos o descendientes en quienes concurran la misma circunstancia<sup>25</sup>; o lo que es lo mismo, si a la sucesión concurren varios legitimarios incapacitados judicialmente juntamente con otros que no lo están, y el testador decide hacer uso de la medida prevista en los artículos 782, 808.3 y 813.2, solamente podrá designar como fideicomisarios a legitimarios no incapacitados.

Otra cuestión que se puede plantear es la relativa a los bienes que pueden ser objeto de la sustitución fideicomisaria y que, tras la muerte del fiduciario, pasarán a los fideicomisarios. Los nuevos artículos 782 y 808.3 —que pretenden favorecer al legitimario incapacitado judicialmente— se refieren a una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta. Aunque dichos artículos no lo matizan, parece claro que la sustitución fideicomisaria no recaerá sobre la porción de legítima que le corresponda por derecho propio al fiduciario<sup>26</sup>, es decir, dicha sustitución no recaerá sobre todo el tercio de legítima estricta<sup>27</sup>, si no solo sobre la porción de ella que no corresponda de forma individual —por derecho

propio— al fiduciario beneficiado. Los bienes que reciba el legitimario fiduciario en pago de su derecho de legítima no estarán gravados por la sustitución fideicomisaria, no tendrán que ser restituidos a nadie y, en consecuencia, quedarán para sus propios herederos. La legítima individual del legitimario fiduciario la recibe libre de toda carga.

### III. BREVE CONCLUSIÓN

La reforma que la Ley 41/2003 ha realizado en el Código civil, permitiendo la constitución de una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, no merece un juicio favorable, entre otras, por las siguientes razones.

En primer lugar, se trata de una reforma parcial del Derecho de sucesiones, que supone alterar el principio tradicional de la intangibilidad de la legítima; ello provoca la ruptura de la coherencia interna del sistema legitimario del Código civil. La reforma de dicho sistema legitimario, si es que se considera conveniente, debería hacerse de forma global, no a modo de parches aislados como el que supone la reforma de 2003<sup>28</sup>.

En segundo lugar, en la mayor parte de las ocasiones, el beneficio económico que obtendría el incapacitado fiduciario no sería muy importante. En el supuesto de que existan dos hijos, el incapacitado y un hermano no incapacitado, el beneficio obtenido por aquel solo supondría una sexta parte del patrimonio hereditario, ya que —incluso antes de la reforma estudiada— el testador es libre de dejarle al incapacitado el tercio de libre disposición y el de mejora<sup>29</sup>.

Por último, hay que destacar que el beneficio económico que puede obtener el incapacitado tiene como contrapartida que sus hermanos no incapacitados se verán privados —al menos temporalmente— de su parte de legítima. Ello puede conllevar que consideren al incapacitado culpable de dicha privación y se desentiendan de él y no le presten las atenciones y cuidados necesarios.

### BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2007). A vueltas con la sustitución fideicomisaria que grava a favor de un descendiente incapacitado la legítima estricta de los demás, *Anales. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 37.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2004). La protección patrimonial de las personas con discapacidad, *Aranzadi Civil*, núm. 16.
- CARRASCO PERERA (2003). Acoso y derribo de la legítima hereditaria, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 580.
- CORDERO CUTILLAS, I. (2005). Discapacidad e incapacitación judicial en el Derecho Civil: ¿Conceptos sinónimos?, *Estudios Financieros*, números 55-56.
- DÍAZ ALABART, S. (2006). El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad), *Aranzadi Civil*, volumen I, primera edición (Tomo XV).
- (2004). La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijos o descendientes (art. 808 CC, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre). *Revista de Derecho Privado*, mayo-junio.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2005). El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de protección

- patrimonial de las personas con discapacidad, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 53, enero-marzo.
- FUENTESECA, C. (2004). Aspectos sucesorios 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, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Tomo I, coordinadores: González Porras, J. M. y Méndez González, F. P., Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1.º edición.
- LASARTE ÁLVAREZ (2013). *Principios de Derecho Civil*, Sucesiones, Ed. Marcial Pons. Madrid.
- LEÑA FERNÁNDEZ, R. (2006). Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003, Discapacitado, patrimonio separado y legítima, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XX-2005, Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2010) *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, Ed. Dykinson, Madrid.
- MORETÓN SANZ, M.ª F. (2005). Protección civil de la discapacidad: Patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la Propiedad Horizontal, *RCDI*, número 687, enero-febrero.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2007). *Compendio de Derecho civil, T. V, Derecho de Sucesiones*, Dijusa, Madrid.
- PUIG FERRIOL, L. (2005). Protección del discapacitado: aspectos sucesorios, *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados*, Xornadas e Seminarios (Escola Galega de Administración Pública), Santiago de Compostela.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2006). La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta, *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol, vol. II*, coordinadores Joan Manel Abril Campoy y María Eulalia Amat Llarí, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN (2004). La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad, *Actualidad Civil*, núm. 4, 2.ª quincena de febrero.
- RUIZ JIMÉNEZ, J. (2006). Delimitación de los conceptos de discapacidad e incapacidad, *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI. Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia*, coeditan IDADFE, UNED y El Derecho Editores, Madrid, 27-29 de junio de 2005, Madrid.
- SERRANO GARCÍA, I. (2005). Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, *Homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García*, Universidad de Valladolid, Valladolid.
- TORRES GARCÍA, T. F. (2006). Discapacidad e incapacitación, *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, coordinador: Pérez de Vargas Muñoz, J., 1.ª edición, Ed. La Ley, Madrid.

## NOTAS

<sup>1</sup> Título I «De los derechos y deberes fundamentales».

<sup>2</sup> Esta reforma es estudiada en profundidad en el magnífico trabajo de MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010.

<sup>3</sup> Modificación ya reseñada, entre otros, por el profesor BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en *La protección patrimonial de las personas con discapacidad*, Aranzadi Civil,

núm. 16, enero-2.004, página. 12. También el profesor CARRASCO PERERA se refirió a la legítima hereditaria al hacer un comentario al entonces Anteproyecto de Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, en Acoso y derribo de la legítima hereditaria, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 580, 2003, página. 3.

<sup>4</sup> *Principios de Derecho Civil*, tomo séptimo, 8ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, páginas 108 y 109.

<sup>5</sup> PEREÑA VICENTE, M., La sustitución fideicomisaria en la legítima ¿piedra angular del sistema de protección de los incapacitados?, *Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad*, coordinador: Pérez de Vargas Muñoz, J., 1.ª edición, Ed. La Ley, Madrid, 2006, pág. 688, sin embargo, argumenta que «la regla general sigue siendo la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima». Lo que hace el legislador es ampliar las excepciones a la misma. Si antes de la reforma de 2003 la única excepción que se permitía era el gravamen sobre la legítima de los hijos y descendientes que suponía la legítima del cónyuge viudo, que grava el tercio destinado a la mejora, la Ley de 2003 añade una nueva excepción: el gravamen sobre la legítima de los hijos y descendientes a favor del hijo o descendiente judicialmente incapacitado. La diferencia es que, en el supuesto anterior el tercio que resultaba gravado era el de mejora. Ahora será el de legítima estricta.

<sup>6</sup> Sobre este tema, se pueden consultar: TORRES GARCÍA, T. F.: Discapacidad e incapacitación, *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, coordinador: Pérez de Vargas Muñoz, J., 1.ª edición, Ed. La Ley, Madrid, 2006, 437 y sigs.; CORDERO CUTILLAS, I., Discapacidad e incapacitación judicial en el Derecho Civil: ¿Conceptos sinónimos?, *Estudios Financieros*, números 55-56, año 2005, 7 y sigs.; MORETÓN SANZ, M.ª F.: Protección civil de la discapacidad: Patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la Propiedad Horizontal, *RCDI*, número 687, enero-febrero de 2005, 61 y sigs.; RUIZ JIMÉNEZ, J.: Delimitación de los conceptos de discapacidad e incapacidad, *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*. Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia, Madrid 27-29 de junio de 2005, Madrid, 2006, 231 y sigs.

<sup>7</sup> Disposición final segunda. Desarrollo reglamentario: «El Gobierno aprobará las disposiciones reglamentarias necesarias para el desarrollo de esta ley en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor».

<sup>8</sup> BOE número 22 de 26 de enero de 2000.

<sup>9</sup> TORRES GARCÍA, T. F., Discapacidad e incapacitación, *op. cit.*, 450 y sigs.

<sup>10</sup> En cuanto a la declaración de dependencia, el artículo 27.1 de la Ley 39/2006 establece que «las comunidades autónomas determinarán los órganos de valoración de la situación de dependencia, que emitirán un dictamen sobre el grado y nivel de dependencia, con especificación de los cuidados que la persona pueda requerir...»; el artículo 28.2, que «el reconocimiento de la situación de dependencia se efectuará mediante resolución expedida por la Administración autonómica correspondiente a la residencia del solicitante y tendrá validez en todo el territorio del Estado»; y el artículo 28.3 que dicha resolución «determinará los servicios o prestaciones que correspondan al solicitante según el grado y nivel de dependencia».

<sup>11</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M.T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, *op. cit.*, 60, así lo estima, acertadamente.

<sup>12</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L.F., La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta, *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. II, Coordinadores Joan Manel Abril Campoy y María Eulalia Amat Llarí, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, 2005 y 2006, dice «...estas consideraciones no impiden que el testador nombre fiduciario sobre la legítima estricta a su cónyuge, a un ascendiente o un descendiente no incapacitado: si lo hace se trataría de un gravamen que no está permitido por la ley y las designación podría ser impugnada por los legitimarios descendientes... Pero también es posible que los legitimarios descendientes consientan el gravamen, incluso en el caso de que no reciban una compensación con cargo a la parte disponible de la herencia».

<sup>13</sup> DÍAZ ALABART, S., El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad), *Aranzadi Civil* 2006, volumen I, primera edición (Tomo XV), 2110; DÍAZ ALABART, S., La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijos o descendientes (art. 808 CC, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre) *Revista de Derecho Privado*, mayo-junio de 2004, 263.

<sup>14</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, op. cit., 52.

<sup>15</sup> En este sentido FUENTESECA, C., Aspectos sucesorios 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, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Tomo I, coordinadores: González Porras, J.M. y Méndez González, F. P., Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1.º edición, 2004, 1.478.

<sup>16</sup> En La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad, *Actualidad Civil*, núm. 4, 2.ª quincena de febrero de 2004, 361.

<sup>17</sup> En contra: PUIG FERRIOL, L.: Protección del discapacitado: aspectos sucesorios, *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados*, Xornadas e Seminarios (Escola Galega de Administración Pública), Santiago de Compostela, 2005, 281, que piensa que, si hay varios descendientes incapacitados, todos los incapacitados serán fiduciarios y todos los no incapacitados fideicomisarios.

<sup>18</sup> En ese sentido: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, op. cit., 67 y 68; y PEREÑA VICENTE, M., *La sustitución fideicomisaria en la legítima ¿piedra angular del sistema de protección de los incapacitados?*, op. cit., 693 y 694.

<sup>19</sup> En La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad, op. cit., página. 362.

<sup>20</sup> En Principios de Derecho Civil, op. cit., 111.

<sup>21</sup> El profesor LASARTE, en Principios de Derecho Civil op. cit., 110, estima que el fiduciario ha de ser legitimario: «Debemos observar finalmente en este punto que tanto los trabajos preparatorios de la Ley cuanto el tenor literal de los artículos transcritos pone de manifiesto que indudablemente el gravamen del tercio de legítima estricta solo es admisible en beneficio de un legitimario descendiente que no solo sea una persona con discapacidad, sino que se requiere que haya sido judicialmente incapacitada en sentido técnico...».

<sup>22</sup> Tienen la misma opinión: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, op. cit., 100; SERRANO GARCÍA, I., *Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, Homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2005, 115, entiende que el tercio de mejora y el de libre disposición han de haberse atribuido al incapacitado fiduciario; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho civil, T.V, Derecho de Sucesiones*, Dijusa, Madrid, 2007, op. cit., 161.

<sup>23</sup> En contra de la opinión aquí mantenida se manifiestan: ALBALADEJO GARCIA, M., A vueltas con la sustitución fideicomisaria que grava a favor de un descendiente incapacitado la legítima estricta de los demás, *Anales. Real Academia de Jurisprudencia y legislación*, núm. 37, 2007, 170 y sigs., quien, a pesar de su postura final contraria, sin embargo reseña argumentos favorables a la postura aquí mantenida: «Que hubiera de dejarle todo para poder; además, nombrarle fiduciario en el gravamen de esa legítima corta de los demás legitimarios, lo abonaría el que así se le deja el disfrute de legítimas cortas de otros, y parecería que esto no sea aceptable sino cuando no quedan otros bienes (el tercio libre y el de mejora) que dejarle, porque si los hay, da la impresión de ser rechazable que se pueda acudir a la legítima estricta de otros para dejar más bienes (que, por supuesto se puede pensar que, por su incapacidad, los necesita) al incapacitado. Esto lo abonaría también otro razonamiento, el de que siendo en principio, no gravable la legítima corta, no es de creer, que, aunque lo sea excepcionalmente en el caso del incapacitado, lo pueda ser si cabe dejarle otros bienes por el camino normal del tercio libre, el de mejora y el de su legítima estricta. Ahora bien, esos dos razonamientos que he expuesto, me parece que son vencidos por...»; LEÑA FERNÁNDEZ, R., Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003, *Discapacitado, patrimonio separado y legítima, Cuadernos de Derecho Judicial, XX-2005*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, 191 y 192. Una postura intermedia la mantiene DÍAZ ALABART, S., *El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de*

habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad), *op. cit.*, 2115, y La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijos o descendientes (art. 808 CC, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre) *op. cit.* 267 y 268; que entiende que el tercio de mejora ha de ir necesariamente y por completo al incapacitado, pero del tercio de libre disposición el testador puede disponer como estime oportuno.

<sup>24</sup> En La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad, *op. cit.*, página. 363.

<sup>25</sup> En ese sentido PEREÑA VICENTE, M., La sustitución fideicomisaria en la legítima ¿piedra angular del sistema de protección de los incapacitados?, *op. cit.* 695; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, *Revista Jurídica del Notariado*, Núm. 53, enero-marzo, 2005, 139, dice: «Tenemos que convenir en que esto es lo que parece deducirse de la literalidad de la norma («siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados», dice el art. 808,3 CC). La solución quizá no concuerda bien con el designio del legislador de dotar de mayor margen de maniobra al causante, pues bien podría suceder que la situación personal o patrimonial de los diferentes incapacitados no sea idéntica y que ello conllevara la necesidad de proteger especialmente a alguno de ellos. Sin embargo, insistimos, como los incapacitados solo vienen contemplados en la norma como fiduciarios, habrá que entender que o bien el testador los nombra como tales a todos ellos, o bien atribuye su legítima estricta a los que no quieran ser fiduciarios. En este último caso, la facultad de gravar la legítima no podrá alcanzar a todo el tercio de legítima estricta».

<sup>26</sup> En ese sentido, RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad, *op. cit.*, 363; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, *op. cit.*, 96 y 97, dice: «Ahora bien, del hecho de que la letra de los citados artículos diga que la sustitución fideicomisaria en estudio “grava la legítima estricta” (a.782 CC) o se “establece sobre el tercio de legítima estricta” (a. 808, 3 CC), no creemos que pueda deducirse, tal y como han entendido algunos autores, que esta sustitución fideicomisaria hay de recaer sobre *todo* el tercio, es decir, tanto sobre la parte correspondiente a los legitimarios no incapacitados, como sobre la parte correspondiente al incapacitado fiduciario si es legitimario, de modo que aquellos reciban al morir aquel o cumplirse el plazo fijado y de forma definitiva, no solo la porción que por legítima estricta a ellos les correspondería, sino también la que, en otro caso, hubiese correspondido al fiduciario. No creemos admisible como argumento a favor de tal postura, el que de esta forma tanto el legitimario incapacitado como los legitimarios capacitados obtendrían una cierta mejora y un cierto perjuicio y se produciría una compensación. Por el contrario, nosotros pensamos que la sustitución fideicomisaria solo puede gravar la parte de la legítima estricta de los fideicomisarios legitimarios, no incapacitados, de modo que solo podrá gravar todo el tercio si el fiduciario no es legitimario».

<sup>27</sup> Aunque hay autores que consideran que esta sustitución fideicomisaria ha de recaer sobre todo el tercio de legítima estricta, como ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, *op. cit.*, 142 y 143; DÍAZ ALABART, S., El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad), *op. cit.*, 2105, nota 22; LEÑA FERNÁNDEZ, R., Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003, *op. cit.* 193 y 194.

<sup>28</sup> En ese sentido: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, *op. cit.*, 154, 155 y 156.

<sup>29</sup> En ese sentido los profesores Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, tomo 2, Ed. Tecnos, Madrid, 11.ª edición, 2012, 109.