



**LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: RESURGIMIENTO DE  
UNA DE LAS FIGURAS MÁS IMPORTANTES DEL DERECHO  
SUCESORIO ESPAÑOL COMO FORMA DE PROTECCIÓN  
PATRIMONIAL DE LOS INCAPACITADOS JUDICIALMENTE**

Doctorando: D. Pedro BOTELLO HERMOSA

Directora de Tesis: Prof<sup>a</sup>. Dra. D<sup>a</sup>. Inmaculada VIVAS TESÓN

*Universidad de Sevilla, Curso 2015/2016*

*A mis hermanos: Alicia, Jesús, Lola, María, Amancio,  
Pepe, Bernardo, Esperanza y Trini.*

## **AGRADECIMIENTOS**

Como no puede ser de otra forma, en primer lugar he de agradecer especialmente a mi Directora de Tesis, la Profesora Doña Inmaculada Vivas Tesón, todo el tiempo que me ha dedicado en estos años, desde los cursos de Doctorado hasta la finalización de la Tesis, así como por sus ánimos, consejos y apoyo, pero sobre todo, por el rigor mostrado en el seguimiento y mejora del contenido de mi trabajo.

Igualmente, quisiera aprovechar estas líneas para mostrar mi agradecimiento personal al Profesor de la Universidad de Florencia, Don Vincenzo Putortì, por acogerme con los brazos abiertos en mi estancia investigadora de tres meses en la referida Universidad, y por recibirme siempre con una sonrisa en cada una de nuestras reuniones.

También agradezco enormemente a mis padres y a mi hermana Lola, haberme permitido en todo momento, y de buen grado, compaginar el trabajo profesional en el despacho de abogados, con aquello que tanto me apasiona, la investigación.

A mi cuñado Manolo, por mostrarse siempre disponible a la hora de repasar la Tesis en aquello que fuera necesario, y a mi hermana Alicia, mi referente en el mundo universitario desde que inicié los cursos de Doctorado.

Y como no, a Julia, por aguantar todos mis agobios y confiar tanto en mí.

## ÍNDICE

<b><u>RESUMEN</u></b> .....	12
<b><u>RIEPIELOGO</u></b> .....	13
<b><u>INTRODUCCIÓN</u></b> .....	14

### **CAPÍTULO I: ANTECEDENTES HISTÓRICOS**

I.- DERECHO ROMANO .....	20
1.1.- El fideicomiso romano .....	20
1.2.- El <i>fideicommissum familiae relictum</i> como antecedente histórico de la sustitución fideicomisaria .....	29
II.- EDAD MEDIA.....	33
2.1.- Su concepto en el Derecho Castellano .....	34
2.2.- Incorrecta equiparación de la sustitución fideicomisaria con las vinculaciones medievales.....	36
III.- CRISIS DE LA INSTITUCIÓN .....	39
3.1.- Crisis en Francia, Italia y España.....	39
3.2.- Inclusión de la sustitución fideicomisaria en nuestro Código Civil .....	44

### **CAPÍTULO II: RÉGIMEN JURÍDICO DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA**

I.- LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: NOTA INTRODUCTORIA .....	50
II.- CONCEPTO Y CLASES DE SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA .....	51
2.1.- Inexactitud de ciertas expresiones legales en el concepto.....	52
2.2.- El incomprensible uso actual de los términos fideicomiso y sustitución fideicomisaria como sinónimos .....	59
2.2.1.- Antecedentes históricos de la confusión terminológica .....	62
2.2.2.- La postura del Tribunal Supremo al respecto .....	64
2.2.3.- El uso exclusivo del término “ <i>fideicomiso</i> ” en Cataluña para referirse a la sustitución fideicomisaria .....	66
2.2.4.- La confusión en nuestra doctrina .....	69
2.3.- Clases de sustituciones fideicomisarias.....	72
III.- NATURALEZA JURÍDICA Y NOTAS CARACTERÍSTICAS DE LA INSTITUCIÓN .....	77
IV.- LÍMITES DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA .....	81

4.1.- Llamamiento de fideicomisarios sucesivos a favor de personas que vivan al tiempo de fallecer el testador .....	82
4.2.- Llamamiento a favor de personas que no vivan al momento del fallecimiento del testador .....	84
4.2.1.-Teoría del segundo grado como segunda generación .....	85
4.2.2.-Teoría del segundo grado como segundo llamamiento o segunda sustitución .....	87
4.2.3.-Teoría del segundo grado como grado de parentesco en los fideicomisos familiares, y llamamiento, en los no familiares .....	93
4.3.- ¿Desde dónde se ha de computar el grado o llamamiento?.....	96
4.4- Nulidad de los llamamientos que traspasen los límites fijados en el artículo 781 C.c.....	98
4.5.- Límites de la sustitución fideicomisaria cuando son llamadas personas jurídicas ..	104
V.- POSICIÓN JURÍDICA DEL FIDUCIARIO .....	107
5.1.- Facultades del fiduciario .....	107
5.1.1.- Condición de heredero <i>ad tempus</i> .....	107
5.1.2.- Deducciones por gastos legítimos, créditos y mejoras.....	111
5.1.3.- Posible conversión en heredero definitivo .....	116
5.1.4.- Facultad de realizar la partición de la herencia.....	118
5.1.5.- Facultad de disponer libremente de los bienes fideicomitidos en diversos supuestos .....	121
5.1.5.a).- Enajenaciones de los bienes fideicomitidos como libres sin necesidad de ningún consentimiento-autorización .....	123
5.1.5.b).- Enajenaciones de los bienes fideicomitidos por parte del fiduciario con consentimiento de los fideicomisarios, siempre que éstos sean ciertos y todos consientan .....	130
5.1.5.c).- Enajenaciones de los bienes fideicomitidos por parte del fiduciario en casos de necesidad o utilidad evidente, bajo autorización judicial y aplicando el principio de subrogación real.....	135
5.1.6.- Facultades de las que carece el fiduciario en el Derecho Común, y que, sin embargo, se contemplan a su favor en los ciertos Derechos Forales .....	141
5.1.6.a).-Libertad de elección de fideicomisarios, y de distribución de herencia ....	141
5.1.6.b).- La detracción de la cuarta trebeliánica o cuota libre.....	143
5.2.- Obligaciones del fiduciario .....	147
5.2.1.- Conservar la herencia y transmitirla al fideicomisario.....	147
5.2.2.- Formalizar inventario y prestar garantía .....	147
5.2.3.- Responder limitada o ilimitadamente de las deudas del causante .....	153
VI.- POSICIÓN JURÍDICA DEL FIDEICOMISARIO .....	160

6.1.- Durante la fase fiduciaria .....	163
6.2.- Llegado el momento de la restitución de la herencia .....	166
VII.- LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA, ¿IMPLICA LA VULGAR? .....	169
VIII.- EXTINCIÓN Y NULIDAD DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA .	175
IX.- LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA <i>SI SINE LIBERIS DECESSERIT</i> ...	176
X.- LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO .....	188
10.1.- Concepto.....	188
10.2.- ¿Es o no un tipo de sustitución fideicomisaria?.....	189
10.2.1.- Postura doctrinal .....	190
10.2.2.- Postura jurisprudencial .....	195
10.2.3.- Su regulación en los Derechos Forales .....	202
10.3.- Clases de sustituciones fideicomisarias de residuo .....	210
10.3.1.- Sustitución fideicomisaria de residuo “ <i>de eo quod supererit</i> ” o de aquello que debe quedar .....	212
10.3.2.- Sustitución fideicomisaria de residuo “ <i>si aliquid supererit</i> ” o si queda algo....	213
10.4.- La de residuo, ¿una sustitución fideicomisaria a término o condicional?.....	213
10.4.1.- Postura doctrinal .....	214
10.4.2.- Postura jurisprudencial.....	219
10.4.2.a).- Orientación a favor de la condicionalidad de la sustitución fideicomisaria de residuo .....	220
10.4.2.b).- Orientación a favor de la no condicionalidad del fideicomiso de residuo.....	222
10.4.3.- Reciente e inevitable acercamiento de la postura jurisprudencial a la doctrinal, tras el nuevo alcance de la sustitución fideicomisaria introducido por la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad .....	229
10.5.- La sustitución fideicomisaria de residuo, ¿implica la vulgar?.....	232
10.6.- La prohibición de sobrepasar el límite del segundo grado, ¿afecta a la sustitución de residuo? .....	239
10.7.- ¿Opera el principio de subrogación real en la sustitución fideicomisaria de residuo? .....	243
XI.- LA SUSTITUCIÓN PREVENTIVA DE RESIDUO.....	249
XII.- SIMILITUDES EXISTENTES ENTRE DOS INSTITUCIONES DIVERSAS: LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA Y EL USUFRUCTO EN SUS DIFERENTES MODALIDADES.....	255
12.1.- Principales diferencias.....	256
12.2.- Sustitución fideicomisaria y usufructo sucesivo.....	260

12.3.- Usufructo testamentario sin atribución coetánea de la nuda propiedad: el “ <i>pseudousufructo testamentario</i> ” .....	265
12.4.- Usufructo con facultad de disponer y sustitución fideicomisaria de residuo .	269

**CAPÍTULO III: LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ESPECIAL COMO MEDIO DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS INCAPACITADAS JUDICIALMENTE**

I.- EL NUEVO ALCANCE OTORGADO POR LA LEY 41/2003, DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, A LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA .....	274
1.1.- Algunas consideraciones en torno a la LPPD .....	274
1.2.- Breve aclaración terminológica .....	282
1.3.- Verdadero alcance de la LPPD .....	287
1.3.1.- Las personas incapacitadas judicialmente como posibles beneficiarias de todas las medidas de protección introducidas por la LPPD .....	288
1.3.2.- Imposibilidad de establecer la sustitución fideicomisaria especial a favor de las personas con discapacidad .....	294
1.4.- Nueva confusión terminológica .....	298
II.- LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ESPECIAL: INICIO DE LA TANGIBILIDAD DE LA LEGÍTIMA EN EL SIGLO XXI .....	300
2.1.- La intangibilidad de la legítima en nuestro Ordenamiento jurídico .....	300
2.2.- El comienzo de la desnaturalización de la intangibilidad de la legítima .....	315
2.2.1.- Mayor libertad del testador en las regiones con Derecho Foral .....	327
2.3.- Modificación del actual sistema legitimario sin necesidad de supresión del mismo .....	331
III.- REGULACIÓN DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ESPECIAL ....	337
3.1.- Elementos personales .....	339
3.1.1.- El fideicomitente .....	341
3.1.2.- El fiduciario .....	345
3.1.2.a).- Hijo o descendiente incapacitado judicialmente como único posible fiduciario .....	345
3.1.2.b).- Los descendientes incapacitados del testador, ¿deben ostentar la condición de legitimarios para poder ser instituidos fiduciarios? .....	347
3.1.2.c).- Posibilidades del testador frente a la pluralidad de hijos o descendientes incapacitados .....	354
3.1.2.d).- Obligación o no del fiduciario de hacer inventario y prestar fianza .....	360
3.1.3.- El fideicomisario .....	365
3.2.- Objeto de la sustitución fideicomisaria especial .....	366

3.2.1.- ¿Recae sobre todo el tercio de legítima estricta o puede gravar parte del mismo? .....	366
3.2.2.- ¿Afecta a la legítima estricta del incapacitado judicialmente? .....	369
3.2.3.- ¿Conlleva el establecimiento de una sustitución fideicomisaria especial la designación obligatoria a favor del incapacitado judicialmente del tercio de mejora y del de libre disposición? .....	376
3.3.- Otros problemas que puede plantear la figura .....	386
3.3.1.- ¿En qué momento ha de estar declarada la incapacitación judicial del fiduciario? .....	386
3.3.2.- La sustitución fideicomisaria especial, ¿puede ser a término o condicional? .....	393
3.3.3.- ¿Qué sucede si el fiduciario incapacitado recupera la capacidad? .....	398
3.3.4.- Sustitución fideicomisaria especial de residuo y tangibilidad cuantitativa de la legítima .....	400
3.3.4.a).- Corriente doctrinal negativa .....	401
3.3.4.b).- Corriente doctrinal positiva sólo en casos de estricta necesidad .....	406
3.3.4.c).- Corriente doctrinal positiva .....	411
3.3.5.- Adquisición de bienes sin autorización judicial por parte del tutor del fiduciario .....	414
<b>IV.- REFORMA OBLIGATORIA DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ESPECIAL: ALGUNAS MODIFICACIONES NECESARIAS .....</b>	<b>419</b>
4.1.- Falta de limitación del alcance de la institución dentro del procedimiento de incapacitación .....	419
4.2.- La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 .....	422
4.2.1.- Dificil adaptación del artículo 12 de la Convención a nuestro Ordenamiento jurídico .....	426
4.3.- La curatela interpretada a la luz de la Convención .....	435
4.3.1.- Razones que llevan a apostar por la curatela como medio idóneo de adaptación del artículo 12 de la Convención a nuestro sistema .....	438
4.3.1.a).- El reconocimiento y la aceptación de la figura de la tutela-curatela por la Convención en su artículo 23.2 .....	439
4.3.1.b).- Posibilidad de aplicar la curatela tanto en el ámbito personal como en el ámbito patrimonial de las personas necesitadas de protección .....	439
4.3.1.c).- Gran similitud existente entre la figura de la curatela y la del administrador de apoyo italiano .....	444
4.3.1.c).1.- Similitud en cuanto a su función .....	445
4.3.1.c).2.- Similitud en cuanto a su regulación .....	446
4.3.1.c).3.- Similitud en cuanto a su objeto .....	448

4.4.- La apuesta decidida de los tribunales españoles por la curatela frente a la tutela .....	449
4.5.- La protección de los tutelados, y no de los curatelados, como verdadera finalidad del legislador de la LPPD.....	456
4.6.- Necesidad de excluir como posibles beneficiarios de la institución especial a los curatelados .....	460
4.7.- El fin de los términos “incapacitación” y “persona incapacitada”: ¿a quién protegerá entonces la sustitución fideicomisaria especial?.....	466

**CAPÍTULO IV: LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ITALIANA Y SUS DIFERENCIAS CON LA FIGURA ESPECIAL ESPAÑOLA**

I.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA EN ITALIA.....	471
II.- NATURALEZA JURÍDICA Y ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA INSTITUCIÓN.....	479
III.- OBJETO DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ITALIANA.....	482
IV.- SUJETOS QUE LA COMPONEN .....	487
4.1.- El fiduciario-instituido.....	488
4.1.1.- Derechos y Obligaciones del fiduciario .....	493
4.1.2.- Enajenación de los bienes fideicomitidos .....	497
4.1.3.- Derechos de los acreedores personales del fiduciario .....	501
4.2.- El fideicomisario-sustituto .....	503
4.2.1.- Situación jurídica del fideicomisario-sustituto antes y después de la muerte del instituido.....	511
4.2.2.- Efectos de la premoriencia del fideicomisario al fiduciario en la sustitución fideicomisaria asistencial .....	515
V.- LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ASISTENCIAL, ¿IMPLICA LA VULGAR? .....	519
VI.- LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ASISTENCIAL DE RESIDUO Y SU VALIDEZ EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO .....	521
VII.- FIGURAS AFINES A LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ITALIANA .....	526
7.1.- La cláusula <i>si sine liberis decesserit</i> .....	526
7.2.- La atribución separada de usufructo y nuda propiedad .....	529
7.3.- El trust .....	531
VIII.- PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ASISTENCIAL ITALIANA Y LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ESPECIAL ESPAÑOLA .....	538

8.1.- La sustitución fideicomisaria como medio de protección a favor de los tutelados en Italia, y no de los curatelados.....	540
8.2.- La enfermedad mental como única causa para incapacitar a alguien en Italia, a diferencia de lo que ocurre en España.....	541
8.3.- Finalidad asistencial en Italia, frente a la finalidad patrimonial en España .....	541
8.4.- Fijación del fallecimiento del incapacitado en Italia como momento en el que opera la delación hereditaria a favor del fideicomisario .....	542
8.5.- Diferencia existente en los sujetos que conforman ambas instituciones .....	542
8.6.- La exclusión de la cláusula <i>si sine liberis decesserit</i> como componente de la sustitución fideicomisaria en Italia, y su inclusión en la institución Española.....	543
8.7.- Diferente alcance de la vulneración del principio de intangibilidad de la legítima en uno y otro Ordenamiento .....	543
8.8.- Diferente regulación otorgada a la premoriencia del fideicomisario al fiduciario en la sustitución fideicomisaria asistencial italiana, y en la institución especial española.....	544

**CONCLUSIONES..... 545**

**CONCLUSIONI ..... 555**

**BIBLIOGRAFÍA ..... 566**

## Abreviaturas

A.	Auto
AAVV.	Autores Varios
AAP.	Auto de la Audiencia Provincial
AAPP.	Audiencias Provinciales
AP.	Audiencia Provincial
apdo./apdos.	Apartado/s
C.c.	Código civil
CC	Codice Civile
Cap.	Capítulo
CE	Constitución Española
CP.	Código Penal
DGRN.	Dirección General de los Registros y del Notariado
Disp. Ad.	Disposición Adicional
Disp. Fin.	Disposición Final
Disp. Trans.	Disposición Transitoria
E.M.	Exposición de Motivos
FJ.	Fundamento Jurídico
LEC-1881	Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881
LEC-2000	Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LPPPD	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
LRC	Ley del Registro civil de 2011
pág./págs.	Página/s
pfo.	Párrafo
R.	Resolución
RC.	Registro Civil
SAP./SSAP.	Sentencia/s de la/s Audiencia/s Provincial/es siguientes
ss.	
STC.	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS./SSTS.	Sentencia/s del Tribunal Supremo
TS.	Tribunal Supremo
TSJ.	Tribunal Superior de Justicia
Vid.	Véase

## RESUMEN

Debido a su condición bimilenaria, la sustitución fideicomisaria podría considerarse una institución anticuada y caduca. ¡Nada más lejos de la realidad!

Al referirnos a ella, hacemos referencia a una institución que ha perdurado en nuestro Ordenamiento desde el Derecho Romano, hasta nuestros días, siendo además considerada en la actualidad como una de las más importantes figuras jurídicas del Derecho Sucesorio español.

Su importancia radica en que fue elegida por el legislador de 2.003 como instrumento jurídico para afrontar un problema muy actual y de profundo calado social, como es la protección de las personas incapacitadas judicialmente.

Pero no sólo destaca por el colectivo de personas al que protege, sino que, tras su nuevo alcance, la sustitución fideicomisaria sirve como medio para vulnerar el principio histórico de intangibilidad de la legítima, ya que a partir de 2.003, los testadores con hijos o descendientes incapacitados judicialmente, podrán establecer sobre su legítima estricta una sustitución fideicomisaria, en la que las personas incapacitadas serían los fiduciarios, y el resto de herederos forzosos, los fideicomisarios.

Esta institución, a la que nuestra doctrina denomina sustitución fideicomisaria especial (tanto por el colectivo de personas al que protege, como por su alcance), tiene como finalidad la protección patrimonial de las personas incapacitadas, tanto de los tutelados como de los curatelados, mientras que la sustitución fideicomisaria italiana de 1.975 tiene como finalidad la protección asistencial exclusivamente del tutelado, ya que únicamente se producirá la delación a favor del fideicomisario cuando éste haya cuidado y asistido al tutelado bajo la vigilancia del tutor.

Sorprende igualmente la deficiente redacción dada por el legislador del 2.003 a una institución tan importante como la sustitución fideicomisaria especial, lo cual hace que en la actualidad existan un gran número de cuestiones sin resolver en cuanto a su regulación, si bien, esperemos, todas ellas deben quedar resueltas en la futura y cercana reforma a la que la institución está abocada en los próximos años.

## **RIEPILOGO**

Data la sua condizione bimillenaria, la sostituzione fedecommissaria potrebbe essere considerata un'istituzione antiquata e decaduta. Nulla di più lontano dalla realtà.

Quando vi facciamo riferimento, richiamiamo un'istituzione che persiste nel nostro ordinamento dal diritto romano sino ai nostri giorni; attualmente è inoltre considerata una delle figure giuridiche più importanti del diritto successorio spagnolo.

La sua importanza attuale risiede nel fatto che fu scelta dal legislatore del 2003 come strumento giuridico per affrontare un problema di grande attualità e di profonda importanza sociale come quello della protezione delle persone giuridicamente interdette e inabilitate.

Tuttavia, non solo è rilevante a causa del collettivo di persone di cui garantisce la protezione, ma, a seguito del suo nuovo raggio d'azione, la sostituzione fedecommissaria serve come mezzo per violare il principio storico dell'intangibilità della legittima; infatti, a partire dal 2003, i testatori con figli o discendenti giuridicamente interdetti o inabilitate possono stabilire sulla loro quota di legittima una sostituzione fedecommissaria, in cui le persone interdette o inabilitate sarebbero i fiduciari e il resto degli eredi legittimari i fedecommissari.

Questa istituzione chiamata per la nostra dottrina sostituzione fedecommissaria speciale (sia per il collettivo di persone di cui garantisce la protezione, che per il suo ambito) ha come finalità la protezione patrimoniale delle persone interdette e inabilitate, mentre la sostituzione fedecommissaria italiana del 1975 ha come finalità la protezione assistenziale dell'interdetto, poiché la dichiarazione a favore del fedecommissario può avvenire solo quando egli abbia fornito cura e assistenza all'interdetto sotto la supervisione del tutore.

È allo stesso modo sorprendente la formulazione insufficiente, da parte del legislatore del 2003, di un'istituzione così importante come la sostituzione fedecommissaria speciale, che fa sì che attualmente esista un elevato numero di questioni da risolvere per quanto riguarda la sua regolazione; ciò nonostante, si spera che tali questioni vengano risolte nella futura e imminente riforma a cui l'istituzione è destinata nei prossimi anni.

## INTRODUCCIÓN

*“La sustitución fideicomisaria es como una droga que en varias situaciones proporciona ventajas, pero de la que no puede abusarse”.*

ROCA SASTRE<sup>1</sup>.

*“Las leyes no son sólo lo que ellas dicen sino lo que resulta de su aplicación, y no importa tanto la letra como la música”.*

GONZÁLEZ PALOMINO<sup>2</sup>.

El presente trabajo de investigación tiene como finalidad acercar al lector la que, bajo nuestro punto de vista, es hoy en día, con sus luces y sus sombras, una de las figuras jurídicas de mayor relevancia dentro del ámbito del Derecho Sucesorio Español: la sustitución fideicomisaria.

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 la promulgación de nuestro definitivo Código Civil<sup>3</sup> de 1.889.

Pero fue en el año 2.003, a raíz de la promulgación de la Ley 41/2003<sup>4</sup>, 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 resurgió hasta convertirse en lo que es actualmente, una institución jurídica de imprescindible conocimiento dentro de nuestro Derecho Sucesorio, debido a su alcance.

Dicho lo cual, no existe la más mínima duda de que la importancia de la institución fue apreciada por el legislador español ya desde la época codificadora, en la que la corriente europea apostó por erradicar la figura de los Ordenamientos jurídicos, como sucedió en

---

<sup>1</sup> ROCA SASTRE, *“El fideicomiso si sine liberis decesserit y el Código Civil”*, Discurso leído en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1.956, pág. 13.

<sup>2</sup> GONZÁLEZ PALOMINO, *Enajenación de bienes pseudo-usufructuados*, Conferencia desarrollada en la semana notarial de Santander en el verano de 1948, Editorial Reus, Madrid, 1.950, pág. 27.

<sup>3</sup> En adelante, C.c., y que fue publicado en GACETA de 25 de Julio de 1889.

<sup>4</sup> Publicada en el *B.O.E. núm. 277, de 19 noviembre de 2003*.

Francia, Italia y Portugal, al achacársele a la sustitución fideicomisaria tintes de figura inmovilizadora de bienes y riquezas, tal y como había sucedido en la época feudal.

Sin embargo, contra todo pronóstico, el legislador español de entonces, valorando las ventajas que la institución podía deparar, apostó por incluir la sustitución fideicomisaria en nuestro C.c. desde su promulgación en 1.889.

Más recientemente, nuestro legislador vuelve a sorprendernos cuando en 2.003, decide otorgar a la institución un papel de enorme peso y trascendencia jurídica dentro de nuestro Ordenamiento, al elegirla como instrumento jurídico de protección patrimonial de las personas incapacitadas judicialmente, permitiéndose a través de ésta la vulneración del principio histórico de la intangibilidad de la legítima, ya que el testador con hijos o descendientes incapacitados judicialmente, podrá establecer a favor de éstos una sustitución fideicomisaria sobre todo el tercio de legítima estricta, incluyendo la cuota de legítima estricta correspondiente al resto de herederos forzosos, los cuales pasarán a ser fideicomisarios, mientras que los hijos o descendientes incapacitados serán instiuidos como fiduciarios.

A fin de mantener un criterio de actuación congruente a lo largo del trabajo y una cohesión en el hilo del discurso, hemos optado por estudiar los siguientes apartados: los antecedentes históricos de la sustitución fideicomisaria ordinaria; la regulación dada a la institución desde la promulgación del C.c. de 1.889, incluyendo las posturas doctrinales y jurisprudenciales existentes respecto a las dudas interpretativas que ofrece la escasa regulación dada a la misma en nuestro C.c.; la regulación de la institución en nuestros Derechos Forales; el nuevo alcance otorgado a la figura a través de la LPPD; los posicionamientos doctrinales (los jurisprudenciales aún no existen dada la cercanía de la reforma) existentes en cuanto a las lagunas que, nuevamente, debido a la deficiente redacción técnico-jurídica dada por el legislador de 2.003, la institución depara en relación con su nuevo alcance; y por último, su comparación con la sustitución fideicomisaria italiana, al tener precisamente ésta la misma finalidad que la sustitución fideicomisaria española de 2.003, que no es otra que la protección de las personas incapacitadas judicialmente.

Entendemos oportuno anunciar desde esta introducción, que para un conocimiento más profundo de la figura italiana, y con la intención de optar a la mención “Internacional”

de nuestro trabajo de investigación, realicé una estancia investigadora de 3 meses en la Universidad de Florencia bajo el seguimiento del Prof. Vincenzo Putortì.

Consideramos que a lo largo de la presente Tesis Doctoral se aprecia la gran trascendencia jurídica de la sustitución fideicomisaria actual, desde diversos puntos de vista.

Por una parte, es un tema con un gran interés legislativo, y no sólo porque en diversos Derechos Forales se tenga una regulación propia de la institución que coexiste con la del Derecho Común, sino porque, del mismo modo, la sustitución fideicomisaria está abocada a una inminente modificación en cuanto a su regulación y alcance, la cual, nos permitimos pronosticar, se producirá, o bien, en la inminente reforma legislativa del procedimiento de incapacitación español (término hoy ya desterrado en nuestro Código Penal o en la reciente Ley de Jurisdicción Voluntaria), o bien, en la aprobación del futuro Código de la Discapacidad<sup>5</sup>.

También consideramos que la investigación presenta un gran interés desde el punto de vista doctrinal o científico, ya que, si bien es cierto que desde que se promulgó nuestro C.c. en 1.889, la institución dejó de acaparar protagonismo entre nuestra doctrina, también lo es que esto choca con lo sucedido en el Derecho intermedio, desde Las Partidas hasta la época codificadora, donde se produjo una abundante literatura sobre su alcance y finalidad, a lo que, por supuesto hay que añadir, que el nuevo alcance otorgado mediante la LPPD a la institución ha revivido el interés de mucho autores por su estudio, extremos todos estos acreditados en la amplia bibliografía aportada en el presente estudio.

Por último, igualmente destaca el gran interés desde el punto de vista práctico de la figura jurídica que estudiamos, ya que, hoy en día, todo padre o ascendiente de una persona incapacitada judicialmente podrá establecer sobre el tercio de legítima estricta una sustitución fideicomisaria, en la que fiduciario será el incapacitado, y fideicomisario el resto de herederos forzosos, los cuales, a través de esta institución, verán gravada su legítima estricta, yendo tal situación contra el principio sagrado del Derecho Sucesorio de la intangibilidad de la legítima.

---

<sup>5</sup> Para el cual se han comenzado a dar los primeros pasos, como se acredita en el Acta N° 1/2015, del Consejo General del Poder Judicial.

Por todo lo anteriormente expuesto, podemos llegar a la conclusión de que en nuestro trabajo existen tres órdenes de justificación complementarias, como son:

- 1.- El estudio de la sustitución fideicomisaria ordinaria, desde sus antecedentes históricos hasta nuestros días.
- 2.- El resurgimiento de la institución a través del nuevo alcance otorgado por la LPPD como medio de protección idóneo a favor de las personas incapacitadas, con su respectiva vulneración del principio de intangibilidad de la legítima estricta.
- 3.- Su comparación con la institución italiana.

El propósito final del trabajo es la proposición por nuestra parte de una serie de modificaciones en la institución, que de producirse en algunas de las reformas legislativas inminentes, contribuyesen a la elaboración de una figura más práctica que la actual.

Para lograr los objetivos descritos *ut supra*, nuestra Tesis Doctoral se estructura en cuatro capítulos que discurren de la siguiente manera:

El capítulo I se centra en los antecedentes históricos de la figura, estudiando desde su origen en el Derecho Romano, hasta su confusión con las medidas vinculadoras medievales (como el mayorazgo) en la Edad Media, concluyendo el capítulo con una breve comparación con lo ocurrido en la época codificadora en algunos Ordenamientos jurídicos como el Francés, Italiano o Portugués en los que apostaron por la erradicación de la institución, y de ahí que acabemos alabando la valentía de los codificadores españoles al incluir desde la promulgación de nuestro C.c. la sustitución fideicomisaria.

El capítulo II discurre exclusivamente en la regulación de la figura ordinaria desde 1.889 hasta la actualidad. En este capítulo se hace frente a la regulación de la institución ordinaria no sólo en el Derecho Común, sino también en el Foral, afrontando todas las dudas que desde finales del siglo XIX vienen planteándose en cuanto a la regulación y alcance de la figura, analizando las posturas doctrinales y jurisprudenciales, e intentando siempre dar nuestro punto de vista al respecto.

Dentro de este capítulo II se otorga una especial trascendencia a la modalidad de sustitución fideicomisaria de residuo debido a su importancia práctica, ya que algunos

autores llegan incluso a afirmar que esta modalidad es más usada que la propia sustitución fideicomisaria.

Ya en el capítulo III pasamos a estudiar el nuevo alcance otorgado por la LPPD a la sustitución fideicomisaria, en la que, desde entonces, es conocida en la doctrina como sustitución fideicomisaria “especial”. Antes de estudiar su regulación, hacemos hincapié en la importantísima consecuencia jurídica que supone este nuevo papel de la institución, que como ya hemos manifestado en esta introducción, no es otra que la vulneración del principio de la intangibilidad de la legítima.

A continuación, siempre dentro del mismo capítulo, pasamos a destacar las lagunas jurídicas que conlleva la deficiente redacción dada por el legislador del 2.003 a una figura jurídica tan importante como la que estudiamos, aportando los posicionamientos doctrinales existentes en relación a cada una de ellas, si bien, como ya anunciamos con anterioridad, a día de hoy seguimos sin tener posiciones jurisprudenciales al respecto, dada la cercanía en el tiempo del nuevo alcance de la sustitución fideicomisaria especial.

Concluimos el capítulo III exponiendo el contenido de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2.006, sus consecuencias jurídicas, la obligatoriedad del Estado Español de modificar el actual procedimiento de incapacitación en diversos aspectos, como por ejemplo, el título del procedimiento y el del propio término de incapacitado.

La sustitución de dichos términos (procedimiento de incapacitación e incapacitado) conlleva al mismo tiempo una nueva regulación de la sustitución fideicomisaria especial, ya que ésta tiene en la actualidad como única finalidad según nuestro C.c., la protección patrimonial del incapacitado judicialmente. ¿A quién protegería entonces la institución especial si el término incapacitado desapareciese? De ahí que siempre dentro del capítulo III, nos atrevamos a sugerir algunas modificaciones dentro de la institución, de cara a la cercana desaparición de los términos procedimiento de incapacitación e incapacitado de nuestro C.c.

El último de los capítulos es el IV, que tiene como protagonista la sustitución fideicomisaria italiana. Comenzamos haciendo una breve referencia histórica de la institución en Italia, para, a continuación, centrarnos en el estudio de la sustitución

fideicomisaria asistencial introducida por el legislador de 1.975 y que sigue vigente en el Código civil italiano actual.

De ella destacamos que tiene una regulación muy similar a la sustitución fideicomisaria especial española, ya que, al igual que ésta, la institución italiana tiene como finalidad la asistencia de personas necesitadas de protección. Eso sí, aún velando siempre por la protección de las personas necesitadas de ella, mientras que la institución española tiene una finalidad patrimonial, la italiana está dotada de una finalidad asistencial.

Dicho lo cual, no podemos obviar la principal diferencia existente entre ambas instituciones, y, que como exponemos a lo largo de este capítulo IV, depara consecuencias jurídicas incalculables. Nos referimos al hecho de que la institución italiana únicamente sirve para proteger a las personas tuteladas, pero nunca a las curateladas, a diferencia de lo que ocurre en España, donde es indiferente la institución de guarda (tutela o curatela) otorgada a la persona incapacitada judicialmente, ya que lo que se requiere por nuestro C.c. para ser beneficiario de la sustitución fideicomisaria especial, es ostentar el estado civil de incapacitado judicial, con independencia de que a la persona incapacitada se le haya nombrado para su protección un tutor o un curador.

Otra de las diferencias existentes entre la institución italiana y la española, es que el abanico de posibles fiduciarios y fideicomisarios en Italia es mayor a los que se permite en España.

Así, tras estudiar su regulación, los problemas interpretativos que presenta y la posición doctrinal y jurisprudencial al respecto, acabamos preguntándonos por qué el legislador español del año 2.003 no se fijó en la regulación dada, al menos en parte, a la institución en Italia en 1.975, dado que la italiana, en nuestra opinión, y aún siendo conscientes del desfase en el tiempo entre una y otra, se adapta mejor a las exigencias de la sociedad actual que la española.

Quisiéramos cerrar esta introducción afirmando que la presente investigación pretende aportar al lector una visión integral sobre la sustitución fideicomisaria, destacando la importancia de la institución en nuestro Derecho Sucesorio, y permitiéndonos aportar a la conclusión del trabajo una serie de modificaciones que, en nuestra opinión, convertirían definitivamente a la sustitución fideicomisaria como el medio de protección más útil y eficaz a favor de las personas incapacitadas judicialmente.

## CAPÍTULO I

### ANTECEDENTES HISTÓRICOS

#### **I.- DERECHO ROMANO**

##### **1.1.- El fideicomiso romano**

La génesis de la institución que centra nuestro trabajo de investigación se encuentra en la figura de origen romano llamada fideicomiso, término derivado del latín *fideicommissum*, compuesto por las palabras *fides*, fe, y *commisum*, confiado.

Según ULPIANO, en sus reglas iuris, 25, 1, fideicomiso es lo dejado, no con las palabras que determina el *Ius civile*, sino rogando, y de ahí que no tenga su origen en el propio rigor del *Ius civile*, sino que fuese dado por voluntad del que lo deja.

Es decir, se consideraba el fideicomiso como el encargo mediante el cual una persona encomendaba a la lealtad y conciencia de otra el cumplimiento, a la muerte del primero, de una serie de disposiciones patrimoniales a favor de un tercero, surgiendo, pues, como un simple ruego aislado totalmente del rigor del Derecho Civil, pero apoyado en la *fides*<sup>6</sup> o confianza, que era uno de los rasgos esenciales del carácter nacional de la época, llegando, incluso, a entenderse en Roma que los actos en los que interviniese la *fides* estaban dotados de una cierta eficacia jurídica, siendo condenado como indigno e infame el que faltase a ella.

Mediaban, pues, tres personas en toda relación fideicomisaria: la que lo constituye, conocido como fideicomitente; la que debe cumplirlo, el fiduciario; y la que debe recibir los bienes, el fideicomisario.

El objeto del fideicomiso podía ser o bien todo el patrimonio del difunto (fideicomiso universal o herencia fideicomisaria), o bien una o varias cosas determinadas de dicho patrimonio (fideicomiso singular)<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> La *Fides* en el sistema del Derecho romano era la lealtad en el cumplimiento de lo prometido, la conciencia del deber de corresponder la confianza que otro depositaba en uno, en definitiva, el respeto a la palabra, al entregarse a su lealtad como hombre honrado, siendo de una importancia tal para los romanos que aun estando el fideicomiso falto de sanción jurídica y de propia obligatoriedad, el encargo se cumplía en la gran mayoría de supuestos.

<sup>7</sup> DE DIEGO, *Discurso leído en la solemne inauguración del Curso Académico 1.926-1.927*, “*El fideicomiso de eo quod supererit*”, Madrid, 1.926, pág. 18.

La tesis más generalizada (con base en las fuentes) encuentra el origen del fideicomiso en las primeras exigencias de *testamentifacio pasiva* o testamentifacción pasiva (capacidad para heredar), por considerar que con anterioridad hubiera sido completamente inútil su existencia<sup>8</sup>.

En cuanto a la causa de su origen, la doctrina generalmente se inclina por indicar como causa justificativa el deseo de evadir las restricciones de la *testamentifacio pasiva*.

En el Derecho antiguo de Roma, bajo el régimen republicano, sólo podían recibir liberalidades *mortis causa* aquellas personas que gozaban de la *testamentifacio*. Precisamente, para proteger a las personas que carecían de *capacitas* o de idoneidad para ser heredero o legatario fue para lo que surgió en un principio el fideicomiso, es decir, para favorecer con liberalidades *mortis causa* a las personas incapacitadas por ley para recibir las.

Dentro de dichos grupos de personas incapacitadas para heredar destacaban los extranjeros o *peregrini* (y eso que, desde fines de la República, los matrimonios entre romanos y extranjeros se permitían, por lo que había muchos extranjeros en Roma y muchos romanos tenían familiares *peregrini*). Igualmente, los desterrados o proscriptos (víctimas de las guerras civiles) así como las personas inciertas, los póstumos o municipalidades (prohibición que introdujo la *Lex Furia Testamentaria*, 191 a. C.) eran considerados incapaces para heredar en la época. Por su parte, también carecían de *testamentifacio* las mujeres romanas en ciertos supuestos (limitaciones que introdujo la *Lex Voconia*, 167 a.C.). En el mismo sentido se promulgaron bajo el imperio de Augusto la *Lex Julia* (4 d. C.) y la *Lex Pappia Poppae* (9 d. C.), mediante las cuales se privaban de capacidad de heredar a los solteros (*caélibes*) y a los casados sin hijos (*orbi*), intentándose con ello fomentar la natalidad. Se consideraban *caélibes* los hombres de veinticinco a sesenta años y las mujeres de veinte a cincuenta no casados y sin hijos de matrimonios anteriores, cuya incapacidad desaparecía si contraían matrimonio dentro de los cien días posteriores a la apertura de la sucesión. Por *orbi* se entendían aquellos casados sin hijos vivos o concebidos, si bien su incapacidad para suceder únicamente alcanzaría a la mitad de la herencia.

---

<sup>8</sup> DOMINGO AZNAR, *El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1.999, pág. 18.

COSTA<sup>9</sup> considera que, precisamente para eludir el rigor del Derecho Civil de la época en cuanto a la imposibilidad de heredar por parte de todas estas personas que no gozaban de *testamentifactio*, se ideó un medio indirecto: disponer a favor de una persona capaz y rogarle en el testamento, o bien reservadamente, de palabra o por escritos privados, que restituyese la herencia o el legado a la persona incapaz que el testador le designaba.

Era una liberalidad indirecta, confiada al honor y a la buena fe del instituido y dependiente por entero de su voluntad, no de la ley; de donde vino el llamarse fideicomisos: “*fideicommissa appellata sunt, quianullo vinculo juris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur, continebantur*<sup>10</sup>”.

Que mejor ejemplo de fideicomiso que el pasaje de Cicerón<sup>11</sup> en el que nos presenta la institución como medio para eludir la prohibición de suceder que la Ley Voconia impuso a las mujeres: “*Cayo Plotio, por ejemplo, opulento ciudadano de Nursia, de la clase de los équites, instituyó heredero a su amigo Sexto Pедуceo, encargándole reservadamente que, una vez en posesión de la herencia, la transfiriese a su viuda, que estaba incapacitada por la Ley Voconia para recibirla. El encargo no constaba por escrito en ninguna parte; nadie, fuera del fiduciario, tenía noticia de él; pero Sexto Pедуceo, uno de los hombres más probos del mundo, no bien el testador hubo fallecido, dio a saber a la viuda, ignorante de todo, la voluntad del difunto y le hizo entrega de todos los bienes*”.

Nace, por tanto, el fideicomiso con un aire extralegal, careciendo por ello de ordenación formal, puesto que se trata de un acto libre de formas que podía presentarse no sólo en testamento o codicilo<sup>12</sup>, tanto en latín como en griego, sino también de palabra.

Las expresiones más frecuentes que usaba el testador para darle forma al fideicomiso eran *rogo, volo, peto* o *fideicommitto*.

---

<sup>9</sup> COSTA, *Fideicomisos y Albaceazgos de confianza y sus relaciones con el Código Civil Español*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1905, págs. 7 y 8.

<sup>10</sup> Instituciones de Justiniano, Libro II, Título 23, Párrafo 1.

<sup>11</sup> De finibus, Libro II, Párrafos 17 y 18.

<sup>12</sup> Los codicilos eran tablas pequeñas a modo de cartas o esquelas de que se servían los romanos para escribir anotaciones de poca importancia o para comunicarse con los amigos, y en su aplicación mortis causa eran el medio por el que los ciudadanos encargaban a sus herederos o legatarios, o a sus amigos, alguna cosa que quisieran que se ejecutase después de su muerte.

Como tal encargo de confianza a la buena fe del heredero (fiduciario) para que transmitiera los bienes a un tercero, el fideicomiso carecía de regulación legal, por lo que el cumplimiento de la voluntad del testador únicamente dependía de la fidelidad y honradez del fiduciario, careciendo, por tanto, la jurisdicción de la época de fuerza para sancionar, por ejemplo, a un fiduciario que incumpliese con lo encargado por el testador. Aun así, ello no fue impedimento para que el fideicomiso calase rápidamente en el espíritu romano, ya que, por la sencillez de su forma y lo alejado que se encontraba del severo y estricto Derecho Civil de la época, se amoldaba perfectamente a cualquier deseo del testador.

De hecho, la presencia cada vez más frecuente en todos los ámbitos de la vida romana de las disposiciones fideicomisarias (las cuales no eran eficaces para el *Ius civile*) obligó, finalmente, a su regulación legal<sup>13</sup>, dejando con ello de vivir el fideicomiso en la costumbre como lo hizo durante un largo tiempo, hasta que no hubo más remedio que otorgarle carácter jurídico, en función de la obligatoriedad.

La doctrina coincide en que fue el Emperador Augusto (63 a.C. - 14 d.C.) quien inició el ingreso del fideicomiso en la categoría de institución jurídica. Así, por ejemplo, expone PUIG FERRIOL<sup>14</sup> (autor referente a la hora de estudiar la sustitución fideicomisaria junto a DÍAZ ALABART<sup>15</sup> por haber dedicado ambos sus Tesis Doctorales al estudio de la institución) que “*este primitivo fideicomiso vive al margen del ordenamiento jurídico, pues el fideicomisario carece de toda acción contra el fiduciario para que éste cumpla el gravamen restitutorio, que no tiene otro punto de apoyo que la buena fe del fiduciario, hasta que Augusto llevó los fideicomisos al ámbito jurídico, orientación que fue seguida y desenvuelta por los emperadores posteriores ante la amplia difusión que el instituto había obtenido en la práctica*”.

También COSTA<sup>16</sup>, argumenta que “*habiendo confiado Lucio Léntulo un fideicomiso al emperador Augusto, hubo de fijar éste su atención en tal hecho, tan arraigado ya en los hábitos de los romanos (quia et popolare erat); en dos o tres casos que debían afectar a personas influyentes o en que el abuso del fiduciario había movido mayor escándalo,*

---

<sup>13</sup> El *iter* de la regulación legal del fideicomiso queda recogido en las Instituciones del Emperador Justiniano.

<sup>14</sup> PUIG FERRIOL, en su Tesis Doctoral: *El heredero fiduciario*, Publicaciones de la Cátedra de Derecho Civil <<Durán y Bas>>, Barcelona, 1.965, pág. 20.

<sup>15</sup> DÍAZ ALABART, cuya Tesis Doctoral lleva por título: *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites*, Editorial Bosch, Barcelona, 1.981.

<sup>16</sup> COSTA, *Op. cit.*, pág. 10.

*dispuso que los cónsules interpusieran su autoridad para hacer ejecutar los fideicomisos de que se trataba. Esta innovación fue aplaudida, y así, poco a poco, dicha intervención ocasional y de excepción vino a convertirse en jurisdicción permanente”.*

Por último DE DIEGO<sup>17</sup>, siempre en la misma línea, indica: “antes de Augusto el fideicomiso era un encargo confidencial que no producía más que una obligación de conciencia por parte del heredero; los encargos, sin embargo, se cumplían fielmente, y Augusto, imitando la conducta generalizada, cumplió los encargos de confianza que le había hecho Lucio Léntulo y ordenó a los cónsules interponer su autoridad para que tuvieran ejecución las comisiones de esta especie. Con el ejemplo y el mandato de Augusto, los fideicomisos, si bien paulatinamente, se elevaron a la categoría de institución legal”.

Sin embargo, los cónsules a los que Augusto había encomendado la protección de los fideicomisos no podían ejercer su papel a través del procedimiento ordinario, sino que debían valerse de la “*extraordinaria cognitio*” para obligar al heredero a cumplir con las obligaciones derivadas del fideicomiso, siempre y cuando, el supuesto de violación de la *fides* por parte de éste fuera manifiesta.

Siendo ya Emperador Claudio (41 d.C. - 54 d.C.) se creó una jurisdicción especial, la de los “*praetores fideicommissarii*”. Concretamente, Claudio instituyó dos jueces especiales (reducidos, posteriormente, a un solo juez por el Emperador Tito) denominados “pretore fideicomisarios”, los cuales disponían de fuerza para obligar en Derecho, ya que juzgaban “*extra ordinem*” en los litigios sobre liberalidades de esta clase, atribuyéndosele la misma condición a los gobernadores de provincias.

Pero la posibilidad que existía a comienzos de la época imperial de reclamar al fiduciario ante las autoridades administrativas (ante el pretor fideicomisario en Roma, y ante los gobernadores en las provincias) los bienes en fideicomiso si éste no los había transmitido voluntariamente, no otorgaba a los fideicomisarios carácter de heredero, ya que el título de *heres* seguía vinculado, exclusivamente, al instituido.

Por ello, la única forma que tenía el heredero para cumplir con la *fides* que se le había encomendado era fingir con el fideicomisario la compraventa del patrimonio hereditario

---

<sup>17</sup> DE DIEGO, *Op. cit.*, pág. 29.

(*mancipatio numo uno*), ostentando por aquel entonces el fideicomisario la condición de comprador, más que de heredero.

En dicha compraventa fingida, fiduciario y fideicomisario usaban las estipulaciones añadidas comúnmente a la venta (*stipulatione semptae et venditae hereditatis*) para fijar aquello que le interesaba, que normalmente era la obligación por parte del fiduciario de transmitir al fideicomisario lo que hubiese percibido a título de heredero, así como el ejercicio de las acciones de la herencia; mientras que el fideicomisario aseguraba al fiduciario su respuesta frente al pago de lo exigido por los acreedores del *de cuius*, y al mismo tiempo se comprometía con el fiduciario a indemnizarlo por todo aquello que hubiese tenido que invertir en litigios dado su condición de heredero.

Lo cierto es que a través del fideicomiso, el fiduciario (ajeno a todo interés patrimonial) se enfrentaba al grave riesgo de afrontar una supuesta insolvencia del fideicomisario que le imposibilitase repetir contra éste las deudas que hubiese tenido que afrontar como heredero, por lo que, en no pocas ocasiones, acababa renunciando a la herencia, incumpléndose con ello la voluntad del testador.

Como remedio a tan grave inconveniente, se dictó en tiempo de Nerón, siendo Cónsules Trebelio Máximo y Anneo Seneca, el Senadoconsulto Trebeliano (62 ó 63 d.C.), mediante el cual, según VOLTERRA<sup>18</sup>, quedó establecido que una vez transmitida la herencia al fideicomisario por parte del fiduciario (cumpliendo éste con su obligación), ya sería el propio fideicomisario el que respondería de todas las acciones que *Iure civile* correspondiesen al heredero, desapareciendo con ello la necesidad de las *cautiones* recíprocas.

IGLESIAS<sup>19</sup> igualmente considera que mediante el Senadoconsulto Trebeliano, el heredero fiduciario transmite el activo y se libera de las deudas; mientras que el fideicomisario, por su parte, tras la restitución de la herencia, ocupa el lugar de heredero, como *quasi heres*, ya sea accionando frente a los acreedores, ya sometándose a las acciones de éstos.

Por tanto, a través del Senadoconsulto Trebeliano desaparecían las preocupaciones del fiduciario en cuanto a las deudas hereditarias, ya que, si bien seguía siendo heredero,

---

<sup>18</sup> VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.986, pág. 761.

<sup>19</sup> IGLESIAS, *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, 18ª Edición, Sello Editorial, Madrid, 2.010, pág. 460.

sus derechos como tal se convertían en inútiles, dado que sus acciones pasaban *in solidum*, como útiles, al fideicomisario, el cual se consideraba *loco heredis* y verdadero heredero, a efectos patrimoniales, ya que reclamaba los créditos por el ejercicio de las acciones útiles y respondía de las deudas, al dirigirse contra él los acreedores al ponerles el fiduciario la *exceptio* de restitución de herencia<sup>20</sup>.

Sin embargo, incluso con posterioridad al Senadoconsulto Trebeliano, y una vez superada la principal causa de rechazo al fideicomiso por parte del fiduciario (como era su posible responsabilidad frente a los acreedores del *de cuius*), comenzó a surgir entre los fiduciarios una nueva causa de rechazo hacia la institución: las molestias que su aceptación les deparaba sin estar recompensados de ninguna forma.

Es decir, que los fiduciarios que aceptasen el fideicomiso se limitaban a entregar la herencia fideicomitida a otra persona, sin recibir absolutamente nada a cambio.

Por ello, con la intención de animar a los fiduciarios a aceptar y cumplir con los fideicomisos, y al mismo tiempo, con la voluntad de los testadores, en tiempo de Vespasiano, y siendo Cónsules Pusio y Pegaso (de quien tomó el nombre), se estableció el Senadoconsulto Pegasiano (en el 75 d. C.) mediante el cual, y siguiendo el régimen análogo que para los legados había previsto la *Lex Falcidia* en el 40 a. C., el fiduciario que debiese transmitir al fideicomisario más de tres cuartas partes de la herencia estaba autorizado a retener para sí, una cuarta parte de la misma (origen de la actual cuarta trebeliánica admitida en el Derecho Foral Catalán y Balear, como expondremos en capítulos siguientes).

Esta posibilidad de retener una cuarta parte de la herencia no fue más que un estímulo que la ley ofrecía con la intención de impedir que se extinguiesen los fideicomisos, pues los fiduciarios se negaban, si no, a hacer adición de la herencia por un beneficio nulo.

Para computar la cuarta parte sobre el activo de la herencia, había que deducir todos los pasivos, los cuales gravarían al heredero (el fiduciario) al seguir ostentando éste plenamente la condición de heredero, mientras que el fideicomisario ostentaba, respecto a las otras tres cuartas partes del activo, la posición de un legatario parciario. Por ello, para evitar posibles perjuicios del fiduciario, éste y el fideicomisario llevaban a efecto

---

<sup>20</sup> DOMINGO AZNAR, *Op. cit.*, pág. 34.

estipulaciones recíprocas para repartir entre ellos el *lucrum* y el *damnum hereditarium* en base a la proporción hereditaria que correspondiese a cada uno de ellos<sup>21</sup>.

Por otra parte, el Senadoconsulto Pegasiano no abolió al Trebeliano, por lo que la coexistencia de ambos Senadoconsultos originó diversos supuestos, como, por ejemplo, cuando al heredero se le encomendaba restituir una cuantía que no alcanzase las tres cuartas partes de la herencia regiría el Senadoconsulto Trebeliano. Dicha situación, tal y como expusimos con anterioridad, conllevaba que el fiduciario quedara como heredero nominal y el fideicomisario recibiera como útiles las acciones sobre los bienes que por mandato del testador le transmitía el fiduciario, encontrándose, por tanto, el fideicomisario respecto a dicho bienes *loco heredis*.

Tampoco se aplicaba ya el Trebeliano, sino que regía directamente el Pegasiano, cuando el fiduciario podía retener para él la cuarta parte de la herencia, aunque quedaba como heredero pleno, con las responsabilidades que ello conllevaba (entre otras, hacer frente a posibles deudas del *de cuius*). Debido a esto, para la transmisión se utilizaba de nuevo el procedimiento, anterior al Trebeliano, de las estipulaciones *emptae et venditae hereditatis*, volviendo a correr el riesgo el fiduciario de la insolvencia del fideicomisario, el cual se encontraba en una situación *loco legatari*.

Otro de los supuestos que destacan de la época en la que coexistían los Senadoconsultos Trebeliano y Pegasiano se daba cuando el fiduciario repudiaba la herencia (perdiendo, en dicho momento, el derecho a la cuarta), ya que en dicha situación, el Pegasiano había facultado al fideicomisario a acudir al Pretor para que obligase al fiduciario a aceptar el fideicomiso y a transmitirlo al fideicomisario. En este supuesto también sería de aplicación el Trebeliano, convirtiéndose de nuevo el fideicomisario en *loco heredis*, acogiendo, por tanto, todas las acciones que ejercitaba contra deudores y respondiendo plenamente frente a los acreedores, por lo que, curiosamente, podía entenderse más beneficioso para los fiduciarios que quisieran cumplir con la voluntad del testador el no aceptar voluntariamente la herencia (en cuyo caso, él podía perjudicarse de una supuesta insolvencia del fideicomisario), sino esperar a que el fideicomisario instara al Pretor a

---

<sup>21</sup> En el mismo sentido, expone GAYO (2, 255-257) que en el Senadoconsulto Pegasiano sobre el heredero que hubiera hecho la adición de la herencia, ya sea que retuviera la cuarta parte o que no la retuviera, gravaban las cargas hereditarias; así pues, era necesario que él y el fideicomisario llevaran a efecto estipulaciones recíprocas para garantizarse mutuamente la transmisión de las cosas hereditarias que llegaran al heredero y para darse garantías acerca de las acciones activas y pasivas. Estas estipulaciones eran *pro parte* si el heredero transmitía sólo una parte de la herencia; eran *ad exemplum emptae hereditatis* si, en cambio, transmitía al fideicomiso toda la herencia.

su cumplimiento, asumiendo en tal supuesto plenamente el fideicomisario toda responsabilidad hereditaria.

En la época del Emperador Justiniano, éste refundió las normas de los Senadoconsultos Trebeliano y Pegasiano, conservando para esta fusión el nombre de Senadoconsulto Trebeliano.

En éste, el fideicomiso universal empezó a producir efectos de una sucesión a título universal, por lo que se dejaron de dar las estipulaciones *empte et venditae hereditatis* que aún se venían produciendo en el Pegasiano, apareciendo el fideicomisario en todo caso como *loco heredis*. El fiduciario, por su parte, seguía teniendo derecho a retener una cuarta parte de la herencia (ahora denominada *quarta Falcidia*), y podía ser obligado a adir la herencia y a entregarla al fideicomisario. Una vez detraída la cuarta parte correspondiente al heredero, el fideicomisario será considerado sucesor universal respecto de las restantes tres cuartas partes, puesto que la herencia era recibida como unidad, la cual comprendía tanto el activo como el pasivo.

A medida que el reconocimiento jurídico del fideicomiso en Roma fue evolucionando, su regulación se fue equiparando cada vez más a la de los legados, y las restricciones que se aplicaban para éstos fueron alcanzando también a los fideicomisos. Así, a partir de la época de Vespasiano, se empezaron a exigir a los fideicomisarios los mismos requisitos para poder heredar que a los herederos y legatarios, lo cual no se había producido con anterioridad<sup>22</sup>.

En tal sentido, el Senadoconsulto Pegasiano declaró incapaces para recibir por fideicomiso (como también lo eran para recibir por herencia o legado) a los *caelibes* y a los *orbi*, mientras que Adriano en su reinado decretó la nulidad de los fideicomisos dejados a los *peregrini* y a las *personae incertae*.

---

<sup>22</sup> Argumenta COSTA, *Op. cit.*, págs. 10 y 11, que en un principio no se preocupó el legislador de poner trabas y cortapisas a la facultad de disponer por fideicomiso; y el derecho romano vino mucho tiempo trabajado por una contradicción interior, que descubre una vez más el espíritu formalista de aquel pueblo. Ordenaba el testador que sus bienes pasaran a dominio de un incapaz: el derecho civil declaraba nula su disposición como en los tiempos de más rigor de la República. Pero usaba, en vez de la fórmula imperativa, la de ruego; y ya entonces la disposición surtía pleno efecto, no obstante ser el fideicomiso tan eficaz ya como la institución civil. Necesitaron los Tribunales, el Senado, la jurisprudencia, más de un siglo para caer en la cuenta de que en el fondo no discrepaban la una de la otra forma de disponer, y que no había ninguna razón para consentir que, a las barbas de la ley, pasaran los bienes de un ciudadano a personas que la ley declaraba incapaces para recibirlos, sólo porque los testadores dejaran el camino real para tomar un atajo paralelo y tan llano, cómodo y seguro como él.

Ante dichas prohibiciones, el fideicomiso retornó a su primigenia naturaleza extrajurídica como medio indirecto de satisfacer aquellos supuestos excluidos por la ley mediante el fideicomiso tácito, el cual se enfrentaba al fideicomiso legal.

DE DIEGO<sup>23</sup> define al fideicomiso tácito como el encargo secretamente confiado y aceptado *in fraudem legis* de restituir en todo o en parte la herencia a una persona incapaz de suceder.

En esta época, y a diferencia de los dos siglos anteriores, el fideicomiso tácito es combatido como cualquier negocio ilícito, castigándolo la ley en este caso con la privación de los bienes al fiduciario y fideicomisario, aplicándolos al fisco. Pero en los casos en los que el heredero no se obligaba a cumplirlo (faltando entonces a la *fides*, con lo que ello seguía suponiendo), el fraude de ley únicamente se perpetraba por el testador que hacía el encargo, así que se castigaba sólo a éste, entregando los bienes directamente a favor del heredero, y no del fisco.

Según COSTA<sup>24</sup>, entre los testadores y la ley se entabló una lucha, que duró tanto como el Imperio, testigo el Digesto, y se prosiguió a través de la Edad Media, testigo las Partidas, y ha llegado vivo hasta nuestros días en el Código civil francés, en el italiano, en el español y en el de Chile.

## **1.2.- El *fideicommissum familiae relictum* como antecedente histórico de la sustitución fideicomisaria**

Aunque algún autor aislado como GONZÁLEZ PALOMINO<sup>25</sup>, niegue el origen romano de la sustitución fideicomisaria<sup>26</sup>, podemos afirmar que la doctrina<sup>27</sup> española es prácticamente unánime a la hora de fijar el origen de la institución en el Derecho Romano.

---

<sup>23</sup> DE DIEGO, *Op. cit.*, pág. 2.

<sup>24</sup> COSTA, *Op. cit.*, pág. 14.

<sup>25</sup> GONZÁLEZ PALOMINO, *Op. cit.*, págs. 29 y 30.

<sup>26</sup> Según él, debido al principio básico de la sucesión romana "*semel heres semper heres*", en base al cual no aceptaban la posibilidad de un heredero después de otro, los romanos no llegaron a conocer, ni siquiera a concebir, la sustitución fideicomisaria.

<sup>27</sup> Así entre otros, COSTA, *Op. cit.*, pág. 23; DE DIEGO, *Op. cit.*, pág. 36; VON MAYR, *Historia del Derecho Romano*, II. Labor, 1926, pág. 231; IGLESIAS, *Op. cit.*, pág. 461; MANRESA, *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VI, Volumen I, Editorial Reus, Madrid, 1.973, pág. 255.

Pero, ¿a qué figura jurídica hacemos referencia exactamente cuando nos dirigimos a la sustitución fideicomisaria?

Brevemente tomaremos la definición de CASTÁN<sup>28</sup>, cuando la presenta como la disposición por virtud de la cual el testador impone al heredero la obligación de conservar la herencia y de transmitirla a su muerte a otra, u otras personas, expresamente indicadas por el mismo.

En palabras de COSTA<sup>29</sup>, “*probablemente dentro ya del mismo siglo I, se introdujo la <<sustitución fideicomisaria>> para fines distintos de los del <<fideicomiso>> (...). Los elementos venían ya dados desde mucho tiempo antes: el fideicomiso y la sustitución; bastaba combinarlos*”.

Tal y como expresa el referido autor, desde su origen fideicomiso y sustitución fideicomisaria son instituciones diferentes, por lo que no han de ser confundidas.

Un claro ejemplo de que la sustitución fideicomisaria existió como institución en la época romana lo encontramos en las *Instituciones* del Emperador Justiniano (párrafo 9, tít. XVI, lib. II), donde, aunque sin darle dicho nombre, regula una al exponer que “*a un descendiente púbero o un sui juris de cualquiera edad no se puede designarle substituto para cuando mueran dentro de cierto plazo; lo único que se permite imponerles es la obligación de restituir la herencia del testador, llegado aquel caso, a la persona designada por éste*”.

Una vez acreditado el origen de la sustitución fideicomisaria en el Derecho Romano, lo lógico es preguntarse: ¿pero cuál es el verdadero antecedente histórico de institución? La respuesta la encontramos en el título del presente epígrafe: el *fideicommissum familiae relictum* o fideicomiso familiar romano.

Ya en el siglo II d. C., por parte de los padres era general el deseo de evitar la disolución de los patrimonios que se disipaban en manos de los hijos, por lo que surgió la idea de prohibir la enajenación de los bienes a fin de conservarlos en la familia para siempre<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> CASTÁN, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo IV, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1.942, pág. 441.

<sup>29</sup> COSTA, *Op. cit.*, págs. 22 y 23.

<sup>30</sup> DE DIEGO, *Op. cit.*, pág. 41.

Para ello surgió el *fideicommissum familiae relictum*, a través del cual, el testador podía vincular la herencia, íntegra o parcialmente, a la familia mediante un orden sucesivo de restituciones, quedando privada a los beneficiarios la facultad de enajenar.

El testador, mediante el fideicomiso familiar, podía ordenar al fiduciario, que tras disfrutar éste de la herencia por un periodo de tiempo, lo restituyese a favor de una persona determinada, o igualmente podía establecer que directamente fuese el beneficiario el que eligiese al próximo heredero, o incluso, podía el testador ordenar el fideicomiso a favor de todos los miembros de la familia, por lo que habrá de estarse a lo que se entendía por familia. En la época de Justiniano, el término *familia* englobaba tanto a los ascendientes, descendientes y parientes, como al yerno y a la nuera a falta de éstos, y, en último lugar, a los libertos.

Pero la esencia del fideicomiso de familia era, sin lugar a dudas, la prohibición de enajenar los bienes objeto de la herencia, lo cual suponía que el patrimonio del testador iría pasando de unas manos a otras dentro siempre de su familia, y que los bienes quedaban sustraídos al comercio, *quasi extra commercium*, suponiendo ello una restricción a la libre contratación.

Y es esta la institución que sirve como antecedente histórico a nuestra actual sustitución fideicomisaria, tal y como afirma, por ejemplo, PUIG BRUTAU<sup>31</sup>, cuando manifiesta que “*el fideicomiso perdió su utilidad en Roma cuando el Senado Consulto Pegasiano exigió la misma capacidad para ser fideicomisario que para ser heredero. Pero entonces empezó la evolución que ha conducido a que se distinga claramente el fideicomiso puro de la sustitución fideicomisaria. La estructura del fideicomiso romano permaneció al servicio de una función diferente: la que permitía al causante vincular su herencia a una trayectoria predeterminada, de manera que fueran titulares de sus bienes varias personas sucesivamente. Combinándose las ideas de sustitución y fideicomiso, se disponía que éste favoreciera ante todo al heredero instituido en primer lugar, y después, transcurrido cierto plazo o cumplida una condición (generalmente, fallecido el primer instituido), que los bienes del fideicomiso pasaran a un segundo instituido. Es a lo que se llamó substitutio fideicomissaria, origen del fideicomissum familiae relictum, del que deriva la moderna sustitución fideicomisaria*”.

---

<sup>31</sup> PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, Segunda Edición, Volumen II, Editorial Bosch, Barcelona, 1.977, pág. 525.

O, también, así lo entiende CASTÁN<sup>32</sup>, que al hablar del fideicomiso recoge que “*el Senado-Consulto Pegasiano llegó a exigir la misma capacidad para ser fideicomisario que para ser heredero. Y con ello quedaron casi anulados la utilidad y fines de la institución. Pero como una variedad del fideicomiso, apareció en la misma Roma otra institución que respondía a fines muy distintos, y ha sido el germen de las modernas instituciones fideicomisarias: nos referimos al fideicomiso sucesivo gradual o familiar (fideicommissum familiae relictum), por medio del cual el testador hacía varios llamamientos para la restitución sucesiva de los bienes o prohibía la enajenación de los mismos con objeto de que se conservaran en los individuos de una familia determinada*”.

También OSSORIO MORALES<sup>33</sup> considera que “*la sustitución fideicomisaria tiene su antecedente en el fideicomiso romano, y especialmente en una modalidad de éste, el fideicommissum familiae relictum*”.

En cuanto a la duración de este fideicomiso, dependía de la voluntad del testador, el cual podía limitar el llamamiento a favor de uno de los hijos, o hacerlo de forma perpetua en pro de todas las generaciones mientras subsistiese un miembro de la familia.

Sin embargo, la posibilidad de establecer el fideicomiso familiar de forma perpetua se erradicó en la época de Justiniano por el propio Emperador (Novela 159, cap. 2).

Así lo indican entre otros autores, TORRENT<sup>34</sup>, cuando indica que “*el propio Justiniano se dio cuenta de lo que representaba admitir un fideicomiso de familia perpetuo decretando la libertad de los bienes en fideicomiso después de la cuarta generación*”; o CASTÁN<sup>35</sup> al exponer que “*estos fideicomisos dieron lugar a tantos abusos, que Justiniano se vio obligado a disponer, para que los bienes no quedasen siempre fuera del comercio, que el fideicomiso familiar se extinguía en el cuarto grado*”; o, por último, PANERO GUTIÉRREZ<sup>36</sup>, que al estudiar el fideicomiso de familia reconoce que “*con Justiniano se extiende, como máximo, a la cuarta generación*”.

---

<sup>32</sup> CASTÁN, *Op. cit.*, pág. 247.

<sup>33</sup> OSSORIO MORALES, *Manual de Sucesión Testada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1.957, pág. 266.

<sup>34</sup> TORRENT, *Manual de Derecho Privado Romano*, Librería Central, Zaragoza, 1.987, págs. 641 y 642.

<sup>35</sup> CASTÁN, *Op. cit.*, pág. 247.

<sup>36</sup> PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho Romano*, Cuarta Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2.008, pág. 779.

Es decir, que Justiniano se vio obligado a limitar la perpetuidad de estos fideicomisos hasta la cuarta generación con el fin de evitar el carácter indefinido de la inamovilidad patrimonial de los bienes hereditarios.

Antes de concluir el presente epígrafe, entendemos oportuno reiterar que aun habiendo coincidido en la época romana el fideicomiso y la sustitución fideicomisaria, no por ello deben confundirse ambas instituciones.

Así, por ejemplo, mediante la sustitución se le obliga al fiduciario a conservar y transmitir los bienes hasta su muerte, mientras que a través del fideicomiso romano, la transmisión o restitución de los bienes debía producirse de manera inmediata o en un plazo corto de tiempo. Otra diferencia entre ambas la encontramos en el hecho de que la sustitución fideicomisaria conlleva la inalienabilidad de los bienes y un orden preestablecido de suceder, cosa que no sucede en el fideicomiso romano. O, por último, también destacamos como diferencia entre ambas figuras la posibilidad de aplicar la cuarta trebeliánica en los fideicomisos y la imposibilidad de hacerlo en la sustitución fideicomisaria, ya que a través de la cuarta trebeliánica lo que se pretendía era incentivar de alguna forma al fiduciario, el cual no se beneficiaba de nada con la institución, a aceptar el fideicomiso; mientras que en la sustitución fideicomisaria, en cambio, el incentivo a favor del fiduciario para aceptar la herencia fideicomitada no resulta necesario, ya que, normalmente durante toda su vida, éste disfrutará del goce y uso de los bienes fideicomitados una vez aceptada la herencia.

## **II.- EDAD MEDIA**

Cuenta COSTA<sup>37</sup> que Europa se sirvió de la sustitución fideicomisaria como puente para salir del régimen feudal, como tal vez la había utilizado para prepararlo. Un hecho de tanta raíz como el feudalismo no podía desaparecer en un siglo, y menos de pronto; así como iba declinando, adoptaba esa forma atenuada de la sustitución fideicomisaria que el renacimiento del Derecho Romano le brindaba y que no hubo más sino desenvolver, combinándola con algún otro elemento de origen medieval en los mayorazgos y demás formas congéneres.

---

<sup>37</sup> COSTA, *Op. cit.*, págs. 25 y 26.

## 2.1.- Su concepto en el Derecho Castellano

Expone ROCA SASTRE<sup>38</sup> que, en la Edad Media, las sustituciones fideicomisarias adquirieron pleno desarrollo a base de combinar el fideicomiso universal de Derecho Romano con la sustitución, o sea, con el factor tiempo, con sentido general de adscripción familiar y a un solo titular.

Lo cierto es que, debido a los nuevos factores de la época medieval, el concepto tradicional que en la doctrina romana se tenía de la sustitución fideicomisaria se fue reformando en nuestro Derecho Castellano, hasta el punto de que la institución romana se fundió con principios feudales y de primogenitura importados de los germanos, surgiendo, con ello, las vinculaciones medievales. De hecho, los autores de la época coincidían con Azcárate al definir las vinculaciones como el resultado de la combinación de la sustitución fideicomisaria romana con el principio de la masculinidad germana y la primogenitura feudal, teniendo de aquéllas la inalienabilidad y de las últimas el orden de suceder.

Los tipos de vinculaciones de bienes existentes en la Edad Media española eran las encomiendas, patrocinios, beheterías, o el vasallaje, si bien, por encima de todas ellas destacaba una, la figura del mayorazgo, que como argumenta CASTÁN<sup>39</sup>, era llamado así por fundar de ordinario el orden sucesorio en las preferencias de masculinidad y primogenitura.

GIBERT<sup>40</sup> encuentra el origen de los mayorazgos en una cláusula del testamento del Rey Enrique II: *“pero que todavía las ayan por mayorazgo, e que finquen en su fijo legitimo mayor de cada uno dellos; e si morieren sin fijo legitimo, que se tornen de los nuestros Regnos”*; cláusula que, posteriormente, los Reyes Católicos convertirán en ley.

Continúa el citado autor<sup>41</sup> argumentando que la razón de que los mayorazgos aparezcan desde un principio íntimamente unidos a la monarquía es sencilla, ya que el primer mayorazgo del reino era la propia monarquía.

---

<sup>38</sup> ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, Volumen II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.948, pág. 31.

<sup>39</sup> CASTÁN, *Op. cit.*, pág. 444.

<sup>40</sup> GIBERT, *La disolución de los mayorazgos*, Escuela Social de Granada, 1.958, pág. 9.

<sup>41</sup> GIBERT, *Op. cit.*, pág. 13.

Las vinculaciones medievales produjeron durante toda la época grandes inconvenientes tanto en el orden económico, como en el moral y familiar.

Desde el punto de vista de la economía, eran contrarias al interés de la sociedad, ya que mediante las mismas, la mayor parte del territorio quedaba totalmente inmóvil y apartado del tráfico del comercio humano, imponiéndose sobre éstos para siempre un orden fijo e inmutable de suceder, heredando las tierras en la mayoría de las ocasiones personas que no tenían interés en sacarle ningún tipo de rendimiento a las mismas.

Además, desde el punto de vista moral y familiar introdujeron el odio entre hermanos, principalmente contra el hermano mayor, ya que era éste el beneficiado con el mayorazgo.

Hasta el advenimiento de la Codificación en Francia, todos los Ordenamientos europeos, mezclando el viejo fideicomiso romano con la idea medieval de la sucesión vinculada, acabaron por consagrar las vinculaciones y mayorazgos hasta un grado tal que la mayor parte de la riqueza territorial (de la tierra, único bien verdaderamente productivo entonces), se encontraba en manos de las Coronas, Municipios, nobles o títulos de nobleza de diverso grado y, en no menor medida, las distintas instituciones, congregaciones y Órdenes de la Iglesia Católica, a las que con toda razón en su momento se les denominó *manos muertas*, pues la improductividad y el estancamiento económico eran consecuencias inherentes del sistema de apropiación de los bienes instaurados<sup>42</sup>.

Para COSTA<sup>43</sup> las vinculaciones, teóricamente al menos, servían de sostén a todo un orden aristocrático, alma a su vez de la monarquía cesarista; siendo, por ello, contrarias al sentido democrático e igualitario de la nueva constitución social que había empezado a alborear en una gran parte de Europa.

Así, ya en 1.566, el Obispo de Ciudad Rodrigo, Jacobo de Simancas, atacaba la sucesión vincular fundándose en que excluía del comercio una parte considerable de la riqueza, se practicaba sin tener en cuenta la utilidad pública, se oponía a la máxima de los sabios que hace consistir el bien de la república en la medianía de las fortunas, y condenaba a amortización perpetua la mayor parte de la propiedad territorial, a lo cual

---

<sup>42</sup> Así, LASARTE, *Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII*, Séptima Edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2.011, pág. 125.

<sup>43</sup> COSTA, *Op. cit.*, pág. 27.

agregaba que el deseo de perpetuar la propia memoria por medio de vinculaciones era poco conforme con el espíritu cristiano, porque si el fundador se iba al cielo no lo necesitaba, y si al infierno, no sacaba de ello ningún provecho.

Por su parte, a finales del siglo XVI, Tomás Cerdán condenaba también los mayorazgos por la desigualdad que introducía entre los hijos, y por los pleitos y malas pasiones que suscitaban.

Todo ello fue creando una atmósfera hostil contra todas las vinculaciones, y, por ende, contra las sustituciones fideicomisarias, la cual, como expondremos a continuación, era considerada en la época una vinculación más.

## **2.2.- Incorrecta equiparación de la sustitución fideicomisaria con las vinculaciones medievales**

Lo cierto es que el idéntico tratamiento que se le otorgó en el Derecho Castellano a las sustituciones fideicomisarias con el resto de las vinculaciones medievales (con las que llegaban incluso a confundirse), supuso que el rechazo radical de la sociedad de la época hacia éstas, también englobase a aquéllas, por lo que la ruina de las vinculaciones fue, al mismo tiempo, la decadencia de las sustituciones fideicomisarias.

En nuestra opinión, la equiparación-confusión entre las vinculaciones (en concreto, los mayorazgos) y las sustituciones fideicomisarias, jamás debió producirse, ya que en realidad, ambas instituciones tenían finalidades totalmente diferentes.

En este sentido GONZÁLEZ PALOMINO<sup>44</sup> llega a afirmar: *“Más exactamente: no hubo sustitución fideicomisaria, con ese nombre, porque tuvo otro: el mayorazgo. Todo el ambiente jurídico ha estado intoxicado, durante varios siglos, por los mayorazgos, y no había plaza para la pobre sustitución”*.

Entendemos imposible la equiparación entre ambas instituciones dadas las diferencias existentes entre las mismas, de entre las cuales, destaca por encima de todas las demás, la finalidad de una u otra figura. Y es que, mientras que en el mayorazgo imperaba el criterio objetivo, al tener como finalidad la conservación perpetua del espíritu familiar y de su poderío desde un punto de vista principalmente político; en las sustituciones

---

<sup>44</sup> GONZÁLEZ PALOMINO, *Op. cit.*, pág. 33.

fideicomisarias lo hacía el criterio subjetivo, siendo el cumplimiento de la voluntad del testador su verdadera finalidad, quedando en ella fijado desde Roma el límite de los llamamientos a la cuarta generación.

Otras de las diferencias existentes las representan el hecho de que la sustitución fideicomisaria únicamente pudiese fijarse por testamento o codicilo, mientras que el mayorazgo podía fundarse igualmente por contrato; o, que el fideicomisario no pueda tomar de *motu proprio* el fideicomiso, sino que le tiene que ser restituido por el fiduciario o sus herederos, mientras que el heredero del mayorazgo tan pronto como se cumpla la condición de la institución pasa a adquirir la posesión del mismo.

En este sentido, expone NÚÑEZ LAGO<sup>45</sup> que *“lo que resulta un hecho evidente es la separación profunda de materias entre sustituciones fideicomisarias de un lado y mayorazgos de otro. (...) Pero siempre permanecieron aparte, aislados y sin recíprocas referencias, sustituciones fideicomisarias de un lado y mayorazgos de otro. (...) En vísperas pues, del Proyecto de Código de 1.851 en nuestra excursión por Formularios notariales, no hemos encontrado ni una sola fórmula de sustitución fideicomisaria sujeta a condición ni una mera alusión al enlace entre sustituciones fideicomisarias y mayorazgos, tenidos ambos como instituciones distintas”*.

Así, por su parte expone DE DIEGO<sup>46</sup> que *“como en los mayorazgos los poseedores, según, el orden de los llamamientos, vienen al disfrute de los bienes uno en pos de otro, esto les aproxima a las sustituciones fideicomisarias perpetuas; mas esto mismo les aparta de las reconocidas en el Código Civil (781) porque en éstas los llamamientos son limitados, sólo llegan al segundo grado, son temporales y no llegan a producir la inalienabilidad y perpetuidad de bienes y llamamientos que caracteriza a aquéllos”*.

Coincidimos con el autor en cuanto a la imposibilidad de equiparar mayorazgos con la sustitución fideicomisaria regulada en el C.c., pero no compartimos la posibilidad de equipararlas con sustituciones fideicomisarias “perpetuas”, ya que, tal y como resaltamos anteriormente, la posibilidad de perpetuar la sustitución fideicomisaria se erradicó en la época de Justiniano, cuando el propio Emperador (Novela 159, cap. 2) se vio obligado a limitar la perpetuidad de los fideicomisos familiares (antecedentes de la

---

<sup>45</sup> NÚÑEZ LAGO, *“Contestación al discurso leído por Roca Sastre”*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Imprenta Viuda de Galo Sáez, Madrid, 1.956, págs. 118, 119 y 1124.

<sup>46</sup> DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil Español, Derecho de Sucesiones*, Tomo III, Madrid, 1.959, pág. 331.

sustitución fideicomisaria) hasta la cuarta generación, dejando de existir, desde entonces, las posibles sustituciones fideicomisarias “perpetuas”, careciendo por tanto de sentido cualquier intento de comparación de éstas con los mayorazgos.

Lo lógico, bajo nuestro punto de vista, hubiese sido que en la Edad Media coexistiesen de forma totalmente diferenciada y sin posibilidad de confusión, la sustitución fideicomisaria, por un lado, con las figuras vinculadoras medievales (en concreto con los mayorazgos), por otro, ya que ambas instituciones tenían diferente finalidad y objeto, aunque similares.

Llegados a este punto hemos de plantearnos: ¿Cuál fue entonces el origen de la confusión entre dos instituciones diferentes, como fueron la sustitución fideicomisaria y el mayorazgo?

En nuestra opinión, la equiparación del mayorazgo con el fideicomiso familiar romano fue lo que derivó en una “injusta” equiparación entre sustitución fideicomisaria y mayorazgos.

Así se desprende de las palabras de TORRENT<sup>47</sup>, que al hablar del fideicomiso familiar romano lo confunde con las vinculaciones y los mayorazgos, para acabar reconociéndolo como la actual sustitución fideicomisaria cuando argumenta que *“este tipo de fideicomiso fue muy practicado durante los siglos intermedios produciéndose vinculaciones y mayorazgos, suprimidos radicalmente por la Revolución Francesa, y que han llegado al artículo 781 de nuestro Código: Las sustituciones fideicomisarias 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”*.

Bajo nuestro punto de vista, ni siquiera debieron equipararse-confundirse las instituciones del mayorazgo y el fideicomiso familiar romano.

Obviamente somos conscientes de su semejanza, y de que comparten finalidad (mantener el patrimonio en la familia), pero sin embargo, no son idénticas, existiendo importantes diferencias entre ambas instituciones, como lo acredita, por ejemplo, el hecho de que la institución del fideicomiso familiar romano fuese más flexible al no tener preferencia de sexo ni de edad en los llamados, mientras que los mayorazgos destacaban por constituirse a favor del primogénito masculino.

---

<sup>47</sup> TORRENT, *Op. cit.*, pág. 642.

Aunque sin ninguna duda, la diferencia más importante es la duración con la que podía establecerse cada una de ellas, ya que mientras el fideicomiso familiar únicamente podía extenderse hasta la cuarta generación (nunca con carácter perpetuo), los mayorazgos, por el contrario, si podían establecerse a perpetuidad, siendo precisamente esto el verdadero desencadenante de su erradicación en toda Europa.

Por ello entendemos que el fideicomiso familiar romano no debió ser usado en la Edad Media como figura a través de la cual perpetuar los bienes dentro de una misma familia, ya que desde el Emperador Justiniano, dicha institución quedó limitada, como máximo, hasta el cuarto grado.

Dicho lo cual, hemos de reconocer que de haber coexistido la sustitución fideicomisaria y el mayorazgo de forma totalmente diferenciadas, seguramente tal situación hubiese supuesto el abandono casi total de la sustitución fideicomisaria, ya que los testadores de la época optarían siempre por acudir al mayorazgo, el cual les permitía una total libertad de disposición sobre sus bienes, mientras que la sustitución fideicomisaria, en cambio, les obligaba a limitar los llamamientos como máximo a la cuarta generación, y únicamente podía establecerse sobre la cuota de libre disposición.

### **III.- CRISIS DE LA INSTITUCIÓN**

#### **3.1.- Crisis en Francia, Italia y España**

El paralelismo existente entre la codificación española y la europea, especialmente, con la francesa e italiana, nos obliga a realizar una breve reflexión sobre la crisis existente en los tres países.

En todos ellos, avanza a impulsos la transformación liberal de la economía y la sociedad, por lo que el Código suele aparecer como un medio político eficaz para consolidar las transformaciones de la sociedad que se vayan produciendo, así como para modernizar las relaciones de tráfico jurídico, en especial, las de índole patrimonial.

Jurisconsultos, economistas y filósofos de la época coincidían de forma unánime en la necesidad de suprimir radicalmente las instituciones vinculantes, por lo que, poco a poco, se fueron introduciendo en todos los países corrientes de legislaciones desvinculadoras, reflejadas con la inclusión de medidas restrictivas en cuanto al uso de

cualquier tipo de institución relacionada con las vinculaciones, como eran consideradas las sustituciones fideicomisarias.

En Francia, según DE BUEN<sup>48</sup>, mediante la publicación del Edicto de 3 de mayo de 1.553, siendo Rey de Francia Enrique II, se trató por primera vez de evitar los abusos constantes de dicha institución, exigiendo hacer públicos los actos de liberalidades acompañados de sustituciones, y prohibiendo las sustituciones perpetuas o que alcanzasen plazos muy largos. Si bien, la falta de dependencia de los Tribunales y el escaso respeto social a la legislación de la época, trajeron consigo la resistencia de los Tribunales a la aceptación de estas normas por las que jamás sintieron simpatía alguna, por lo que hubo que reproducir varias veces sus preceptos.

En el año 1.560 se publica la Ordenanza de Orleans, en la que se decreta que la sustitución fideicomisaria sólo podía alcanzar dos grados, sin contar en dicho cálculo con la primera institución. Por su parte, la Ordenanza de Moulins de 1.566, autorizaba que las sustituciones fundadas antes de la Ordenanza de Orleans pudiesen alcanzar hasta el cuarto grado, exigiendo además la publicidad y el registro. Finalmente, la Ordenanza francesa de agosto de 1.747 unificó, recogiendo las dos Ordenanzas anteriores, todo lo legislado en dicha época y a este respecto.

El movimiento revolucionario nacido en suelo francés en el siglo XVIII supuso el golpe definitivo a la sustitución fideicomisaria, llegándosele a convertir en uno de los principales enemigos del nuevo régimen existente, y achacándosele la ruina económica y política del país. Así, el Canciller D'AGUESSAU llegó a manifestar en carta al primer Presidente del Parlamento, que la abrogación entera de todo fideicomiso sería quizás la mejor de todas las leyes; mientras que ROGUIN<sup>49</sup> por su parte, argumentaba que no había nada que hiriera más abiertamente los principios republicanos de libertad, igualdad y fraternidad, que la facultad de prolongar la voluntad más allá de la vida.

Por ello, tras la Ley 14 de noviembre de 1.792, el artículo 896 del Código civil francés prohibió todo género de sustituciones que tuviesen similitud con las vinculaciones, exceptuándose de dicha prohibición únicamente, las sustituciones a favor de los nietos sobre la cuota de libre disposición (art. 1.048), y aquella a favor de los sobrinos carnales

---

<sup>48</sup> DE BUEN, en sus notas a COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, Tomo VIII, Editorial Reus, Madrid, 1.975, pág. 167.

<sup>49</sup> ROGUIN, *Traité de Droit Civil Comparé*, IV, París, 1.912, pág. 72.

en ciertas hipótesis (art. 1.049), si bien, ninguna de dichas excepciones recibieron el nombre de sustitución fideicomisaria.

Dentro de las medidas abolicionistas de vinculaciones, Napoleón Bonaparte supuso un paso atrás, ya que, en beneficio de la nobleza creada por él, instituyó bajo el nombre de “mayorazgos de propio impulso” un nuevo régimen de sustituciones, mediante la publicación de los Decretos de 10 de marzo y 14 de agosto de 1.806, procediendo con ello a la revisión del artículo 896 del Código civil.

Posteriormente, con la Restauración, el Rey Carlos X permitió la creación de nuevas sustituciones, fingiendo no ver en ellas más que una extensión de los casos autorizados en los artículos 1.048 y 1.049 del Código civil, mediante la publicación de la Ley de 17 de marzo de 1.826.

En Italia, las primeras disposiciones legales tendentes a controlar esta institución jurídica, se producen al decir de DE DIEGO<sup>50</sup> en los Estados Pontificios, cuando Clemente VIII declaró en 1.595 responsables pura y simplemente los bienes vinculados de las deudas de sus poseedores, es decir, que los convirtió en alienables. Posteriormente, en el año 1.623 durante el reinado de Urbano VIII se estableció que lo dispuesto en esa *Bula* sólo tuviera efecto cuando por no haberse hecho públicas las fundaciones o inventarios hubiera lugar a sospechar que el vinculista había abusado de la buena fe del acreedor.

Más de un siglo después, concretamente en 1.747, se dictó en la Toscana una ley sobre fideicomisos, ampliada más tarde por el Rey Leopoldo, cerrando la puerta a las sustituciones futuras, aunque respetando el derecho de los llamados a suceder que vivían ya o que pudieran nacer de un matrimonio existente.

Finalmente, la publicación del Código civil italiano en 1.865, supuso la abolición más radical de las instituciones fideicomisarias, borrando por completo esta figura de la vida jurídica italiana. En este sentido, imitando a lo prescrito en el artículo 896 del Código de Napoleón, el artículo 899 del Código de 1.865 prohibió toda disposición con la cual el heredero o legatario fuese gravado con cualquier expresión de conservar y restituir a una tercera persona, intentándose, con ello, evitar cualquier obstáculo a la libre

---

<sup>50</sup> DE DIEGO, *Discurso leído...*, cit., pág. 58.

circulación de los bienes, a la libertad de testar y al fomento de la diferencia entre los hijos.

De hecho, en Italia ni siquiera se contemplaron las excepciones que el Código francés recogía en sus artículos 1.048 y 1.049, perdurando la prohibición de la sustitución fideicomisaria hasta 1.942, año de promulgación del Código civil italiano vigente a día de hoy, en el que se volvió a contemplar la institución, a través de dos modalidades diferentes conocidas como “sustitución fideicomisaria familiar” y “sustitución fideicomisaria de beneficencia”, pero, a raíz de una reforma introducida en el Derecho de Familia italiano por la Ley de 19 de mayo de 1975, N° 151<sup>51</sup>, la sustitución fideicomisaria asumió, definitivamente, un único fin, como es el asistencial a favor de personas incapacitadas, sufriendo, con ello el C.c. una profunda reforma que acabó con la sustitución fideicomisaria familiar y la de beneficencia, e introdujo la figura existente hoy en día, conocida como “sustitución fideicomisaria asistencial”, tal y como comentaremos en otro de los capítulos del presente estudio.

En España, en cambio, aunque tal y como recoge LATOUR BROTÓNS<sup>52</sup> los mayorazgos habían perdido su razón histórica dentro del orden familiar, no es hasta 1.789, concretamente, hasta el 28 de abril de ese año, cuando se publica la primera Instrucción delimitadora contra las vinculaciones, mediante la cual se nombra una Junta de Estado para que examinase bajo todos sus aspectos y relaciones las medidas que pudieran tomarse para aliviar a la nación de la grave enfermedad que le producían las vinculaciones.

Poco después, el 14 de mayo del mismo año, 1.789, se publica la Real Cédula de Carlos III, mediante la cual se exige Real licencia para la fundación de los mayorazgos. El carácter restrictivo de esta ley quedó señalado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1.865, donde nuestro Alto Tribunal estableció que el objeto de esta ley no era sólo impedir que se fundaran mayorazgos, sino impedir toda prohibición perpetua de enajenar bienes raíces por medios directos o indirectos sin que precediera Real licencia.

---

<sup>51</sup> Ley 19 de mayo de 1975, N. 151, de reforma del Derecho de Familia.

<sup>52</sup> LATOUR BROTÓNS, “Del usufructo a la sustitución fideicomisaria”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 384-385, Mayo-Junio 1.960, pág. 447.

Pero, aunque la Ley de 1.789 exigía Real licencia para la fundación de mayorazgos, no es considerada por nuestra doctrina como una ley con carácter exclusivamente desvinculador. En este sentido, la referente es la conocida como Ley Desvinculadora de 11 de octubre de 1.820, a través de la cual, por primera vez, se prohibió fundar en lo sucesivo directa o indirectamente mayorazgo, fideicomiso, patronato, ni vinculación alguna sobre ninguna clase de bienes o derechos, así como prohibir su enajenación<sup>53</sup>.

Esta Ley fue derogada por Fernando VII mediante el Decreto 1 de Octubre de 1.823, siendo restablecida, posteriormente, en el reinado de Isabel II por Decreto de 30 de Agosto de 1.836, y confirmada definitivamente por la Ley de 16 de agosto de 1.841 (siguiendo el impulso dado en la Real Cédula de 14 de mayo de 1.789).

Aunque, tal y como expone OSSORIO MORALES<sup>54</sup>, estas disposiciones suprimieron los fideicomisos *perpetuos*, por su carácter vincular, prohibiendo establecerlos para lo sucesivo, lo cierto es que no tuvieron alcance derogatorio respecto a los fideicomisos *temporales*, según resulta más de su espíritu que de su letra, confirmándolo así la legislación posterior y el propio Tribunal Supremo<sup>55</sup> al declarar reiteradamente que el artículo Iº de la Ley de 1.820, cuyo texto literal se prestaba a la duda, no comprendía los fideicomisos temporales.

En el mismo sentido, recoge VALLET DE GOYTISOLO<sup>56</sup> que es preciso recordar, ante todo, que ni la Ley de 11 de octubre de 1.820, ni el Decreto de 31 de agosto de 1.836, que restableció la vigencia de aquella, llegaron a suprimir los fideicomisos temporales, por lo que debe entenderse que la sustitución fideicomisaria jamás fue completamente erradicada de nuestro Ordenamiento jurídico. Así lo entendió la doctrina, lo ratificó reiteradamente el Tribunal Supremo y lo sancionaron la Ley Hipotecaria de 1869 y varias leyes fiscales.

---

<sup>53</sup> Concretamente, establecía su artículo 1: “*Quedan suprimidos todos los Mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualesquiera otra especie de vinculación de bienes raíces, muebles, semovientes, censos, juros, foros o de cualquiera otra naturaleza; los cuales se restituyen desde ahora a la clase de absolutamente libres*”.

<sup>54</sup> OSSORIO MORALES, *Op. cit.*, pág. 269.

<sup>55</sup> Entre otras muchas, en la sentencia de 21 de diciembre de 1.867, 29 de mayo 1.866, 23 de enero de 1.873.

<sup>56</sup> VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios de Derecho Sucesorio*, Volumen I, Editorial Montecorvo, Madrid, 1.980, pág. 192.

Por su parte, DOMINGO AZNAR<sup>57</sup> expresa que los fideicomisos perpetuos fueron suprimidos por su carácter vincular, mas no los temporales, los cuales quedaron subsistentes, como lo indica la Ley de 23 de mayo de 1.845, que los menciona como vigentes; la Ley Hipotecaria anterior y la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, que sienta en términos concretos y precisos la doctrina de que la Ley de 11 de octubre de 1.820, al suprimir los mayorazgos, fideicomisos y toda clase de vinculaciones, no comprendió los fideicomisos temporales y enajenables, sino sólo los perpetuos y vinculares.

Pero yendo más allá, GONZÁLEZ PALOMINO<sup>58</sup> argumenta que, a partir de 1.820, debido a la desaparición de los mayorazgos, es cuando realmente se necesita la existencia de la sustitución fideicomisaria, ya que en Castilla, defiende el autor, no existió la institución al estar cumplida su función mediante los propios mayorazgos.

El proyecto de Código civil de 1.851 (también conocido como Proyecto Isabelino) con criterio eminentemente radical, declaraba prohibidas todas las sustituciones fideicomisarias al afirmar en su artículo 635 que toda sustitución fuera de las señaladas en los arts. 629, 630 y 638 (que trataban de la sustitución vulgar), era considerada como fideicomiso y sería nula cualquiera que fuera la forma con que se la revistiera.

Es decir, que tal y como recogen ALBÁCAR y DE CASTRO GARCÍA<sup>59</sup>, el Proyecto Isabelino de 1.851 siguió la pauta marcada en Francia por el Código de Napoleón, suprimiendo las sustituciones fideicomisarias. Por ello no admitió más sustitución que la vulgar, si bien, el artículo 638 autorizó la disposición de la propiedad a favor de uno y el usufructo a otro u otros, así como la sustitución del heredero impúbero para el caso en que muriera antes de llegar a la pubertad en los bienes de libre disposición, y la restitución de la parte libre a favor de los nietos del causante.

### **3.2.- Inclusión de la sustitución fideicomisaria en nuestro Código Civil**

Debido al retraso con el que se aprueba el C.c. en España, nuestros codificadores no tuvieron que hacer frente a los problemas económicos y políticos de los mayorazgos y

---

<sup>57</sup> DOMINGO AZNAR, *Op. cit.*, pág. 51.

<sup>58</sup> GONZÁLEZ PALOMINO, *Op. cit.*, pág. 52.

<sup>59</sup> ALBÁCAR y DE CASTRO GARCÍA, *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia*, 4ª Edición, Tomo III, Editorial Trivium, Madrid, 1.995, pág. 702.

de las vinculaciones, ya que éstos habían sido resueltos por los legisladores del siglo XIX.

En este sentido, LASARTE<sup>60</sup> argumenta que, en efecto, la legislación desvinculadora, apuntada ya en las Cortes de Cádiz, había declarado la abolición de los mayorazgos mediante la Ley de 1 de octubre de 1.820. Por su parte, la legislación desamortizadora (básicamente, las Leyes de Mendizábal y Espartero, entre 1.836 y 1.841, y después la Ley de 1 de mayo de 1.855) habían convertido los bienes de las manos muertas en *Bienes Nacionales*, vendidos prontamente en subasta pública al mejor postor.

Así pues, dicho en palabras del eminente Profesor TOMÁS Y VALIENTE, antes de abordar la redacción definitiva del Código se habían producido ya las *“auténticas transformaciones revolucionarias del régimen de la propiedad, que desde entonces obedeció al modelo conceptual propio del liberalismo económico”*.

Por ello, una vez superadas las corrientes desvinculadoras de la época, la Comisión redactora del C.c. de 1.889 se desmarcó del Código civil francés, así como de los trabajos preparatorios desvinculadores representados por el Proyecto Isabelino de 1.851, y consideró, por un lado, infundadas las prevenciones contra las sustituciones fideicomisarias, y por otro, que no había razón para limitar tan exorbitante la libertad de testar del causante, por lo que finalmente se optó por fijar la extensión de la figura en vez de suprimirla.

Explica ROCA SASTRE<sup>61</sup> que *“España dio una nota de admirable serenidad frente al vendaval asolador que desencadenó la Revolución francesa. No es que aquí se hubiere dejado de abusar de las sustituciones fideicomisarias, sino todo lo contrario, pues abundaron éstas, y muchas de ellas tomaron la forma más odiada de mayorazgos y vinculaciones. Lo que hizo España fue simplemente no dejarse arrastrar por dicho huracán, absteniéndose de adoptar simplísticamente la radical medida de prohibir en absoluto las sustituciones fideicomisarias, y en lugar de proceder ciegamente como otras naciones hicieron, el legislador español prefirió discriminar entre los diversos tipos de fideicomisos o vinculación perpetuos. En el uso de la sustitución fideicomisaria no vio nada execrable, sino en el abuso de ella, principalmente en la forma que,*

---

<sup>60</sup> LASARTE, *Op. cit.*, pág. 126.

<sup>61</sup> ROCA SASTRE, *El fideicomiso...*, cit., págs. 21 y 22.

*aprovechando la dosis de vinculación que el fideicomiso por sí contiene, los transformaba en una vinculación de carácter perpetuo”.*

En nuestra opinión, dentro de la etapa codificadora, resulta obligatorio destacar el papel de Don Manuel Alonso Martínez, Ministro de Gracia y Justicia entre febrero de 1.881 y enero de 1.883, el cual, tras presentar al Senado los dos Primeros Libros del Proyecto del C.c. (24 de abril de 1.882), articuló todo lo relativo al previsto como tercer y último libro, el de sucesiones y contratos.

DE LOS MOZOS<sup>62</sup> cuenta que *“la Real Academia de Jurisprudencia le dedicó a Alonso Martínez un solemne acto con motivo de concederle el título de Académico de Mérito. En este acto presidido por el Gobierno de su Majestad, representado por el Ministro de Gracia y Justicia, José Canalejas y Méndez, el Ministro destaca el mérito de todos los que intervinieron en la formación del Código civil, en especial a Manuel Alonso Martínez, al que califica como su autor, y por ello considera que <<había alcanzado el derecho a la gratitud de su patria y de la Ciencia Jurídica Española>>. Después intervino Laureano Figuerola, quien, tras destacar las dificultades por las que ha atravesado el proceso codificador desde la Constitución de 1812, pone de relieve el mérito y el enorme sacrificio realizado por Alonso Martínez para conseguirlo. Cerrando el acto, el Presidente de la Corporación, Francisco Silvela (rival político de Alonso Martínez) no solamente destacó la ingente labor realizada por Alonso Martínez en la Real Academia de Jurisprudencia, sino que reconoció gallardamente, con satisfacción, pero también con plena generosidad, que Alonso Martínez era <<el principal iniciador y el que más constante labor ha ejercido>> en favor del Código, logrando alcanzar los dos objetivos fundamentales de la codificación: la codificación del derecho castellano y el respeto a los elementos de vida que el derecho foral encerraba”.*

De lo que no cabe ni ninguna duda, es del papel decisivo que jugó Don Alonso Martínez en la inclusión de la sustitución fideicomisaria en el que, hoy en día, sigue siendo nuestro C.c.

---

<sup>62</sup> DE LOS MOZOS, *Manuel Alonso Martínez. Vida y obra*, obra de ROGEL y VATTIER (coords.), Editorial Tecnos, Madrid, 1.991, págs. 13 y 14.

Para ello, formó un cuestionario de seis puntos, cinco de ellos sucesorios y uno contractual, de acuerdo con Don Manuel Durán y Bas (Cataluña), Don Luis Franco y López (Aragón) y Don Antonio Morales y Gómez (Navarra).

Tras la celebración del pertinente debate, los autores referidos llegaron a una serie de conclusiones reflejadas por el propio ALONSO MARTÍNEZ<sup>63</sup> en los siguientes términos:

*“Esta institución jurídica, de la cual se muestran más apasionados los catalanes que los navarros y aragoneses, no es, por fortuna, un obstáculo a la unidad legislativa. Lo sería, sin duda, si nos obstináramos en copiar el Código Napoleón; pero, al menos, en la Comisión actual de Códigos no hay nadie que crea deber seguir su ejemplo y mantener la prohibición absoluta del fideicomiso contenida en nuestro Proyecto de 1.851. (...) Conformes estuvieron todos los vocales de la Comisión General de Codificación, en proscribir el fideicomiso perpetuo. No era posible que ninguno consintiese en restablecer el imperio de la mano muerta, sustrayendo al comercio y la libre circulación una gran parte del territorio nacional. Respetose, pues, unánimemente el principio de la libertad del inmueble, proclamado por los sabios legisladores de 1.820 y 1.836.*

*Pero, ¿debe proscribirse del mismo modo el fideicomiso temporal, siguiendo el ejemplo de los Códigos francés e italiano y del Proyecto de Código Civil de 1.851?*

*También hubo unanimidad en la negativa; y no ciertamente por un espíritu de condescendencia y transacción con los fueros, usos y costumbres de Cataluña, sino porque no hay razón alguna filosófica, jurídica, histórica ni económica que autorice una limitación tan exorbitante a la libertad del propietario. (...) ¿Qué razón puede haber para prohibir las sustituciones fideicomisarias a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador? Ninguna. (...) Lo verdaderamente importante en el fideicomiso es fijar su extensión, porque prohibirle es un acto de tiranía, una violación del derecho individual; y permitir que se establezca indefinidamente o a favor de muchas generaciones, es volver a amortizar y esterilizar la tierra, resucitar la vinculación y herir un alto interés social.*

---

<sup>63</sup> Reproducción del Capítulo V de la obra de Don Manuel ALONSO MARTÍNEZ, titulada *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, reproducida en la monografía que hemos estudiado, de ROGEL y VATTIER (coords.), *Manuel Alonso Martínez. Vida y obra*, Editorial Tecnos, Madrid, 1.991, pág. 1.218.

*(...) El resultado (tal y como sigue recogiendo el propio autor) fueron cinco Bases que redactó el Sr. Durán y Bas y que, aprobadas por la Comisión general de Codificación son como una síntesis de este debate. Estas bases podrán ser modificadas en su redacción, pero en su esencia son perfectamente aceptables para el Código general; resultando por tanto que, por lo que hace a los fideicomisos, todas las provincias españolas pueden y deben regirse por una regla común”.*

Las cinco Bases<sup>64</sup> de Durán y Bas de 1.882 son la base de los futuros artículos 781, 782, 783,1º y 2º, y 785,1º del C.c., ya que, tal y como se recoge en la Base 15 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1.888, <<el tratado de las sucesiones del futuro Código civil se ajustará en sus principios capitales a los acuerdos que la Comisión General de Codificación, reunida en pleno, con asistencia de los señores Vocales correspondientes y de los señores Senadores y Diputados, adoptó en las reuniones celebradas en noviembre de 1.882>>; es decir, lo que las sustituciones fideicomisarias que regulan nuestro C.c. tienen como antecedentes las cinco Bases de 1.882.

Finalmente, la institución quedó englobada en los artículos comprendidos entre el 781 y el 789 de nuestro C.c., debiendo valorarse por ello la actitud de nuestros legisladores de finales del siglo XIX, que apostaron por la inclusión de la sustitución fideicomisaria en nuestro C.c. desde su promulgación, cuando lo lógico hubiese sido, si tenemos en cuenta lo sucedido en el resto de países de nuestro entorno, como Francia o Italia, su no inclusión en nuestro C.c.

Por otra parte, también es cierto que por seguir suponiendo la sustitución fideicomisaria una vinculación de bienes, aunque temporal, y para evitar que su uso pudiese deparar los mismos inconvenientes que las antiguas vinculaciones, los legisladores del C.c. le otorgaron a la institución una serie de condiciones restrictivas, como son:

---

<sup>64</sup> El contenido de las cinco Bases de Durán y Bas es el siguiente:

Base A. Las sustituciones fideicomisarias se permitirán hasta el segundo grado, y siempre si se hicieran a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador.

Base B. Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima. Si recaen sobre las mejoras, sólo podrán hacerse a favor de los descendientes.

Base C. Los llamamientos a la sustitución fideicomisaria deberán ser expresos.

Base D. Para que el fideicomisario pueda distraer alguna cantidad de los bienes que debe restituir, salvo las deducciones por créditos y mejoras, deberá haber declaración expresa del testador.

Base E. Las sustituciones fideicomisarias no hechas con palabras expresas, sea dándoles este nombre, sea imponiendo la obligación de restituir los bienes a un segundo heredero, no serán válidas.

1ª.- Que no pase la sustitución del segundo grado, o se haga en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador. Con ello se consigue evitar su carácter de perpetuidad.

2ª.- Que los llamamientos a la sustitución fideicomisaria han de ser expresos.

3ª.- Que las sustituciones nunca podrán gravar la legítima, y si recayeran sobre el tercio destinado a las mejoras, sólo podrán hacerse a favor de los descendientes.

Con esta regulación, tal y como expone la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 9 de julio de 1.927, se *“lograba la armonía entre principios fundamentales de la ciencia económica, que había desechado por peligrosa al bien público la inalienabilidad de los bienes, y el respeto merecido a la voluntad del testador, que podía tener motivos especialísimos para asegurar de este modo la subsistencia de personas de su inmediata relación con las que tuviera deberes que cumplir y quisiera hacer compatibles con otros...”*.

Concluyendo con el primer capítulo de nuestro trabajo, y aun habiendo alabado la figura del legislador español de la época codificadora por su valentía a la hora de incluir en el texto definitivo del C.c. la sustitución fideicomisaria, nos vemos obligados a resaltar que, debido a sus antecedentes históricos, así como a la tensión ideológica existente en aquel entonces, la regulación dada a la figura no fue todo lo completa que debería haber sido (por ejemplo, la de los Derechos Forales era y sigue siendo más amplia que la de nuestro Derecho Común), ya que la escasa regulación otorgada entonces, sigue provocando, a día de hoy, una serie de lagunas jurídicas en su regulación, a las cuales dedicaremos parte del próximo capítulo.

Pero, ¿y por qué esta escasa regulación dada a la institución?

Por nuestra parte, nos permitimos aventurar como posible motivo, el hecho de que el legislador del C.c. de 1.889 tomó directamente como base para regular la sustitución fideicomisaria, el contenido de las cinco Bases de Durán y Bas de 1.882, sin tener en cuenta que éstas no tenían por objeto la regulación completa de la institución, sino, tan sólo, la resolución de posibles divergencias existentes en cuanto a su regulación.

## CAPÍTULO II: RÉGIMEN JURÍDICO DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

### **I.- LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: NOTA INTRODUCTORIA**

Antes de centrarnos en el estudio concreto de las sustituciones fideicomisarias, entendemos preciso dejar expuesto que éstas se encuentran comprendidas entre las sustituciones hereditarias que recoge nuestro C.c. en su sección 3ª, del Título III del Libro III, y reguladas entre los artículos 774 y 789 de dicho Cuerpo legal, donde se distinguen cuatro tipos de sustituciones: vulgar, pupilar, ejemplar (también llamada “cuasipupilar”) y fideicomisaria.

A continuación, pasamos a apuntar, aun de forma muy resumida, los conceptos elementales de los otros tipos de sustituciones hereditarias existentes en nuestro C.c., con el fin de delimitarlas convenientemente de la fideicomisaria.

Así, por pupilar se entiende aquella sustitución en la que la condición del sustituto para heredar es la muerte del instituido antes de que alcance los catorce años (art. 775 C.c.), mientras que hacemos referencia a la ejemplar cuando nos referimos a aquella sustitución que supone el nombramiento de heredero hecho por ascendiente a su descendiente mayor de catorce años enfermo mental, para el caso de que muera sin alcanzar el uso de razón (art. 776 C.c.).

En cuanto a estos dos tipos de sustituciones, OSSORIO MORALES<sup>65</sup> entiende que, en realidad, las llamadas sustitución pupilar y ejemplar no encajan exactamente en la figura de la sustitución, y si el legislador las considera como una de sus formas, es más bien por motivos históricos que por razones sistemáticas. En el mismo sentido, O'CALLAGHAN<sup>66</sup> considera que la pupilar y la ejemplar no tienen un encaje perfecto en el concepto de sustitución, mientras que LASARTE<sup>67</sup> va más allá al exponer que la importancia de las sustituciones hereditarias existentes en nuestro C.c. no es pareja, pues la pupilar y la ejemplar podían haber sido perfectamente excluidas del Código, convertidas en formas históricas de sustitución.

---

<sup>65</sup> OSSORIO MORALES, *Op. cit.*, pág. 237.

<sup>66</sup> O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones*, Tomo V, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2.012, pág. 133.

<sup>67</sup> LASARTE, *Op. cit.*, pág. 112.

En cambio, mediante la sustitución vulgar expone el artículo 774 de nuestro C.c. que puede el testador sustituir una o más personas al heredero o herederos instituidos para el caso en que mueran antes que él, o no quieran, o no puedan aceptar la herencia.

O dicho con otras palabras, se entiende por sustitución vulgar el llamamiento a la sucesión de una persona condicionada a la no adquisición del derecho por la designada en primer término (sea heredero mi primo Luis y, en su defecto, mi prima Isabel). Así las cosas, mediante este tipo de sustitución no se produce más que una liberalidad, a la que están llamados varios alternativamente, existiendo sólo una adquisición hereditaria plena; mientras que, a través de la sustitución fideicomisaria, son varios los herederos que van adquiriendo la herencia sucesivamente, pero siempre bajo la condición de heredero, tanto el fiduciario como el fideicomisario, el cual, más que sustituir al fiduciario, lo que hace es entrar después de éste en el goce de la herencia.

## **II.- CONCEPTO Y CLASES DE SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA**

Centrándonos ya en el estudio de la sustitución fideicomisaria, debemos dejar señalado desde el principio que todo lo referente en el presente trabajo respecto a los herederos se entenderá también aplicable a los legatarios, tal y como expone el propio C.c. en su artículo 789.

Ya desde su definición, la cual es aceptada por la doctrina con ciertas reservas, se aprecia la dificultad y complejidad que conlleva el estudio de una figura jurídica como la sustitución fideicomisaria.

Recoge el artículo 781 del C.c. 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 en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador”*.

La mayoría de tratadistas coincide en establecer las mismas líneas directrices de la figura basándose, para ello, en el contenido del propio artículo 781 del C.c.

Así, DE DIEGO<sup>68</sup> define la sustitución fideicomisaria como aquella disposición testamentaria en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita el todo o parte de la herencia a terceras personas expresamente llamadas por el testador, siempre que no pasen del segundo grado o vivan todas al tiempo del fallecimiento de éste, o, en ciertos casos, sin nominal determinación y sin limitación de llamamientos mediante el cumplimiento de determinados requisitos.

Por su parte, TRAVIESAS<sup>69</sup> expone que en las sustituciones fideicomisarias el testador designa sucesores suyos en serie, para que todos lo sean efectivamente, unos después de otros, con obligación en el sucesor anterior de conservar y restituir al posterior todos o parte de los bienes hereditarios. El llamado en segundo término recibe la herencia o el legado a través del llamado en primer término, que llega a ser sucesor.

ROCA SASTRE<sup>70</sup> entiende que la sustitución fideicomisaria no es más que la institución de un heredero, con el encargo de conservar y transmitir todo o parte de la herencia a un segundo o ulterior heredero.

## **2.1.- Inexactitud de ciertas expresiones legales en el concepto**

Aunque, tal y como acabamos de exponer, la doctrina dominante defina la sustitución fideicomisaria repitiendo la letra del artículo 781 C.c., el sentido gramatical de dicho precepto no se corresponde con el verdadero significado de la institución, ya que mediante la descripción de la sustitución fideicomisaria recogida en la citada norma se observan una serie de expresiones legales inexactas que conllevan a una definición de la institución incompleta o confusa, sobre todo, en la frase inicial de que “*las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero...*”.

En primer lugar, la palabra *encargo* sugiere que la suerte y eficacia de la institución dependa del ruego o recomendación que se le hace al fiduciario, cuando, en realidad, es el propio testador el que fija, desde el principio, quiénes serán sus herederos sucesivos,

---

<sup>68</sup> DE DIEGO, *Instituciones...*, cit., pág. 765.

<sup>69</sup> TRAVIESAS, “Sustituciones Hereditarias”, en *Revista de Derecho Privado*, 1.927, núm. 171, 15 de diciembre, pág. 414.

<sup>70</sup> ROCA SASTRE, *Estudio...*, cit., pág. 30; O’CALLAGHAN, *Comentario del Código Civil*, Coord: Sierra Gil de la Cuesta, Tomo 4, Editorial Bosch, Barcelona, 2006, pág. 738.

así como el término o condición de los que se hace depender la restitución de la herencia por parte del fiduciario a favor del fideicomisario.

La mayoría de autores<sup>71</sup> entiende que la conservación y transmisión de los bienes se le impone como gravamen ineludible al fiduciario, y no como un simple *encargo*.

Por ello, más que de un *encargo hecho al heredero para que conserve* se entiende que mediante la sustitución fideicomisaria se impone la *obligación de conservar al fiduciario*. Dicha obligación se refleja en la literalidad de nuestro C.c., cuando recoge en el segundo párrafo de su artículo 783 que “*el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario...*”, o al recoger en el primer párrafo de su artículo 785 que “*las sustituciones fideicomisarias que no se hagan de una manera expresa, ya dándoles este nombre, ya imponiendo al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes...*”. Parece lógico que *la obligación terminante* de entregar la herencia impuesta por el C.c. lleva implícita, al mismo tiempo, la de su conservación.

Por otra parte, en cuanto a la *obligación o no de conservar* la herencia por parte del fiduciario podemos encontrar dos corrientes doctrinales al respecto. Por un lado, la corriente mayoritaria<sup>72</sup> que entiende que el fiduciario queda obligado a conservar la herencia para, llegado el momento, restituirla al fideicomisario, y por el otro, la corriente (bastante menor) de autores que consideran que el fiduciario, como heredero, no tiene obligación de conservar la herencia.

En esta última línea se posiciona ROCA SASTRE, que si bien en principio se mostraba partidario de la teoría de la obligación de conservar por parte del fiduciario<sup>73</sup>, pasó a convertirse en una de las referencias doctrinales de la corriente que considera que el

---

<sup>71</sup> En este sentido, entre otros, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones*, Volumen IV, 11ª Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2.012, pág. 97; ALBÁCAR y DE CASTRO GARCÍA, *Op. cit.*, pág. 703; CASTÁN, *Op. cit.*, pág. 442; LASARTE, *Op. cit.*, pág. 124; OSSORIO MORALES, *Op. cit.*, pág. 273; ROCA SASTRE, *Estudios...*, cit., pág. 30.

<sup>72</sup> DE DIEGO, *Instituciones...*, cit., pág. 765; CASTÁN, *Op. cit.*, pág. 441; TRAVIESAS, *Op.cit.*, pág. 414.

<sup>73</sup> ROCA SASTRE, en su obra *Estudios...*, cit., pág. 30, donde definía la institución como “*la institución de un heredero, con el encargo de conservar y transmitir todo o parte de la herencia a un segundo o ulterior heredero*” y continuaba argumentando que “*Con todo, aceptamos esta definición con ciertas reserva. Así la palabra encargo no es muy ortodoxa, pues la conservación y transmisión de los bienes se impone como gravamen ineludible al fiduciario. Además el término conservar tiene mucho de derecho y de obligación o gravamen, puesto que el fiduciario tiene el derecho de tener en su dominio los bienes fideicomitidos hasta que llegue el momento de la restitución, y al mismo tiempo, implica para él la obligación o necesidad de mantenerlos en su dominio, pues no puede, en principio, enajenarlos. (...)*”.

fiduciario no queda obligado a conservar la herencia como tal, al argumentar<sup>74</sup> que “*es inexplicable que estos Códigos no configuraran la sustitución fideicomisaria a base de la evolución realizada en la misma, en el sentido de que el tránsito o desplazamiento de la herencia del poder del fiduciario al fideicomisario tenía lugar, no por obra del acto de entrega o de restitución de los bienes de la misma, sino por el mero hecho de llegar el día o cumplirse la condición que para la actuación del orden sucesivo había establecido el testador*”.

En el mismo sentido se posiciona algún otro autor como O'CALLAGHAN<sup>75</sup> cuando expone que “*gran parte de la más clásica doctrina destaca y pone como esencial en el concepto, la obligación, no simple encargo, del fiduciario-heredero de conservar y transmitir. Pero no es así; el fiduciario no tiene obligación de conservar o transmitir, sino que el testador-fideicomitente hace un doble llamamiento al fiduciario y al fideicomisario, que adquirirá posteriormente, tras el anterior*”.

Sin embargo, el propio autor poco después<sup>76</sup>, al estudiar otro apartado de la institución, establece lo contrario cuando reconoce que “*el fiduciario es, pues, heredero y titular de la herencia, pero cuando llegue el término o se cumpla la condición, el heredero y titular será el fideicomisario a quien le deberá entregar la herencia fideicomitida. A esta obligación de entrega se refiere el artículo 783: ‘el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario’*”.

Nosotros diferimos de la línea argumentada por estos autores, y coincidimos con el pensamiento mantenido por la mayoría de la doctrina clásica y moderna al entender que sobre el fiduciario pesa el gravamen de conservar la herencia. Y es que, nos preguntamos, ¿cuál es la diferencia entre estar obligado a conservar una cosa o no poder disponer de ella? ¿Acaso para que se produzca el tránsito de la herencia del fiduciario al fideicomisario ésta no debe conservarse?

En este sentido, expone TRAVIESAS<sup>77</sup> que “*ha de imponerse al fiduciario la obligación de conservar y de restituir al fideicomisario todos o parte de los bienes hereditarios que haya recibido del testador. No basta la mera obligación de conservar; es necesario que se imponga, además, la obligación de restituir; son indispensables*

---

<sup>74</sup> ROCA SASTRE, *El Fideicomiso...*, cit., págs. 39 y 40.

<sup>75</sup> O'CALLAGHAN, *Compendio de...*, cit., pág. 143.

<sup>76</sup> O'CALLAGHAN, *Compendio de...*, cit., pág. 150.

<sup>77</sup> TRAVIESAS, *Op. cit.*, pág. 416.

*ambas para que aparezca la sustitución fideicomisaria. La obligación de conservar es presupuesto de la obligación de restituir. El encargo dado al fiduciario de conservar y restituir, de que habla el artículo 781, implica obligación, por el derecho que el artículo 784 atribuye al fideicomisario”.*

Por su parte, OSSORIO MORALES<sup>78</sup> equipara ambas acciones al exponer que “*la obligación de conservar impuesta al fiduciario constituye la nota característica más acusada de esta figura jurídica, quedando por virtud de ella privado el fiduciario de la disponibilidad de los bienes a que alcance la sustitución, tanto por actos inter vivos como mortis causa”.*

En la misma línea argumental, DOMINGO AZNAR<sup>79</sup> entiende que “*fiduciario y fideicomisario se ligan por el nexo jurídico que supone la obligación, impuesta al primero, de transmitir post mortem al segundo. Esta carga o gravamen constituye, propiamente, el nervio de la sustitución fideicomisaria. Es tan esencial a ella que si falta no existe sino, cuando más, una combinación de instituciones a término”.*

Del mismo modo se ha venido pronunciando nuestro Alto Tribunal a lo largo del tiempo en reiteradas ocasiones, como lo demuestra, por ejemplo, la Sentencia de 20 de abril de 1.951<sup>80</sup> que declara que “*según el artículo 785 las sustituciones fideicomisarias han de imponer al primer nombrado la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero, donde se ve que el Código no se contenta con establecer tal obligación, sino que con la palabra terminante quiere darle un carácter absoluto que no admite excepciones ni reservas...*”. Asimismo, la Sentencia de 13 de diciembre de 1.974<sup>81</sup>, recoge como segundo requisito indispensable de la sustitución fideicomisaria: “*2º Gravamen dispuesto al fiduciario de conservar y entregar los bienes fideicomitados al llamado en segundo lugar a la sucesión”.*

Por último, dejamos expuesto desde este momento, aunque entraremos a estudiarlo en profundidad en otro de los epígrafes del presente capítulo, que no todas las sustituciones fideicomisarias conllevarán para el fiduciario la mencionada *obligación de conservar* la herencia *para restituir* al fideicomisario, ya que existen las llamadas sustituciones fideicomisarias de residuo.

---

<sup>78</sup> OSSORIO MORALES, *Op. cit.*, pág. 273; y O’CALLAGHAN, *Compendio de...*, cit., pág. 143.

<sup>79</sup> DOMINGO AZNAR, *Op. cit.*, pág. 62.

<sup>80</sup> RJ 1951, 1018.

<sup>81</sup> RJ 1974, 4677.

Tampoco se ajusta a su realidad legal la expresión *transmitir*, ya que el fideicomisario no es sucesor del fiduciario, sino del causante, por lo que el fiduciario más que *transmitir* la herencia al fideicomisario se la deberá *restituir*<sup>82</sup>, al ser considerados ambos como herederos universales del testador. Eso sí, únicamente podrá restituir la herencia personalmente el fiduciario en aquellas sustituciones establecidas a término (cuando se haya cumplido el tiempo fijado para su disfrute) o bajo condición (una vez cumplida la condición fijada), ya que en los casos más comunes de sustituciones fideicomisarias, la restitución de los bienes opera *post mortem*, al fallecer el fiduciario, en cuyo caso deberán restituir la herencia los herederos del fiduciario, aunque, volvemos a reiterar, también en dichos supuestos el fideicomisario hereda directamente al testador, y no al fiduciario.

ROCA SASTRE<sup>83</sup> entiende que este *encargo de transmitir* que dicho artículo 781 C.c. destaca como nota característica de la sustitución fideicomisaria, constituye una expresión equivocada, porque el encargo de transmitir es nota típica del fideicomiso puro, mas no de la sustitución fideicomisaria, ya que su nota típica es el orden sucesivo impuesto por el testador.

Por otra parte, recoge el artículo 781 del C.c. en la misma frase, que el heredero deberá transmitir la herencia *a un tercero*, por lo que puede entenderse perfectamente, en base a esta redacción, que dicho tercero deberá ser elegido por el propio fiduciario, ya que nada se dice en otro sentido.

Una vez expuesto todo lo anterior, parece razonable que el lector se plantee: ¿cómo pudo el legislador redactar de forma tal incompleta el concepto de la sustitución fideicomisaria a través del artículo 781 del C.c.?

El único motivo que encontramos es la posibilidad de que mediante dicho artículo en realidad no se esté definiendo a la sustitución fideicomisaria, sino que lo que hizo el legislador de la época codificadora con tal redacción fue admitir la posibilidad desde el principio de la existencia de una sustitución fideicomisaria ordinaria y una sustitución fideicomisaria de residuo.

---

<sup>82</sup> En el mismo sentido, ROCA SASTRE, *Estudios...*, cit., pág. 30; CASTÁN, *Op. cit.*, pág. 442; ALBÁCAR y DE CASTRO GARCÍA, *Op. cit.*, pág. 703.

<sup>83</sup> ROCA SASTRE, *El fideicomiso...*, cit., pág. 29.

O dicho de otra forma, tal vez la verdadera intención del legislador con la redacción dada desde su origen al artículo 781 del C.c., fue la de distinguir entre las sustituciones fideicomisarias que contienen obligación de conservar y transmitir el todo o parte de la herencia, de aquellas que no contienen dicha obligación.

En tal sentido, JERÓNIMO LÓPEZ<sup>84</sup> en un trabajo enfocado a demostrar la existencia en nuestro Ordenamiento de la sustitución fideicomisaria de residuo, y que sirve de referencia a toda la doctrina posterior para estudiar dicho tema, argumenta que la finalidad del artículo 781 del C.c. no es definir las sustituciones fideicomisarias. Y en tal sentido cuenta que *“si el intento del legislador hubiera sido definir las sustituciones fideicomisarias, se habría expresado de otra forma diciendo: <<las sustituciones fideicomisarias, en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia>>. Como se observará, ambas versiones difieren solamente en que en la segunda se encuentra una coma a continuación de la frase “las sustituciones fideicomisarias” hecho que tiene la mayor importancia. La frase “en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia” constituye una oración de relativo, y éstas, como se sabe, pueden ser de dos tipos: explicativas y especificativas. De acuerdo con las reglas de la gramática, la oración de relativo explicativa va separada del antecedente por una pausa, representada por coma; la especificativa, no. Si el propósito del artículo 781 del C.c., hubiera sido definir las sustituciones fideicomisarias, tendría que hacerlo -dada su redacción- mediante una oración de relativo explicativa, y por ello separada por una coma de su antecedente; por el contrario, emplea una oración de relativo especificativa, porque su finalidad es otra: distinguir entre las sustituciones fideicomisarias, las que contienen obligación de conservar y transmitir el todo o parte de la herencia de aquéllas (las de residuo) que no presentan estas características”*.

La doctrina española posterior a JERÓNIMO LÓPEZ coincide con él en sus aseveraciones, como expone, entre muchos otros autores, En cambio O'CALLAGHAN<sup>85</sup>, al indicar que: *“En este primer artículo (se refiere al artículo 781) parece definirlo, pero no es así: se reduce a distinguir la sustitución fideicomisaria normal o total y la de residuo o parcial (...el todo o parte de la herencia); asimismo,*

---

<sup>84</sup> JERÓNIMO LÓPEZ, “La regulación del fideicomiso de residuo en el Código civil español”, *Anuario de Derecho Civil*, 1.955, págs. 783 y 784.

<sup>85</sup> O'CALLAGHAN, *Comentario...* cit., pág. 738.

*parece incluir en el concepto y como esencia de la misma el encargo de conservar y transmitir la herencia (...se encarga al heredero que conserva y transmita a un tercero) pero tampoco es así: ni hay encargo ni hay obligación de conservar y transmitir; lo que hay es que el testador (fideicomitente) instituye un heredero (fiduciario) y después de él, a otro (fideicomisario), por lo que el primero carece de poder de disposición sobre el patrimonio hereditario, que adquirirá más tarde, cuando llegue un término o se cumpla una condición, el segundo; son dos herederos: el preheredero, fiduciario, y el postheredero, fideicomisario.*

*Por ello, el concepto más correcto de la sustitución fideicomisaria es la disposición testamentaria cuyo heredero (o legatario: art. 789) es en primer lugar una persona, el fiduciario, y sucesivamente, un segundo o ulterior heredero, el fideicomisario, después del anterior cuando venza un término o si se cumple una condición”.*

Pero no sólo nuestra doctrina, sino también la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) así lo entiende, como se refleja en su Resolución de 17 de septiembre de 2.003, en la que establece que el artículo 781, más que definir la sustitución fideicomisaria, lo que hace es establecer un límite a las sustituciones de este tipo en las que haya deber de conservar.

Por nuestra parte, como no puede ser de otra forma, coincidimos plenamente con JERÓNIMO LÓPEZ en cuanto al sentido de la falta de la coma en el artículo 781, y al mismo tiempo entendemos que lo más acertado por parte del legislador de la época codificadora hubiese sido definir independientemente la sustitución fideicomisaria ordinaria (a la que haremos referencia a lo largo del presente trabajo como sustitución fideicomisaria, a secas) y la sustitución fideicomisaria de residuo.

Una vez expuestos todos los argumentos anteriores, consideramos que la definición más apropiada de la sustitución fideicomisaria sería algo similar a lo siguiente: *“Por sustitución fideicomisaria se entiende aquella disposición testamentaria en cuya virtud el testador fideicomitente impone al heredero fiduciario la obligación de conservar la herencia y restituirla expresamente a los herederos fideicomisarios ya designados en testamento”.*

De dicha definición ha de llegarse a la conclusión de que toda sustitución fideicomisaria estará compuesta por:

El fideicomitente, que es el testador, causante de la sucesión, al cual, suceden tanto el fiduciario como el fideicomisario.

El fiduciario, que es el que sucede al fideicomitente en primer lugar. Por ello, a diferencia de algunos autores que entienden que podría definirse como *heredero intermedio*<sup>86</sup>, a la hora de dirigirnos al fiduciario consideramos más apropiado usar el término *primer heredero*, ya que él será el encargado de restituir o entregar (o sus herederos, en el caso normal de que la sustitución fideicomisaria se establezca hasta la muerte del fiduciario) por primera vez el patrimonio hereditario fideicomitado al fideicomisario, una vez se cumpla la condición, o se alcance el término fijado por el testador.

El fideicomisario, que es el que recibe el patrimonio fideicomitado tras el fiduciario, si bien, lo recibe como heredero del fideicomitente, y no del fiduciario. De no haber dispuesto el testador que al fideicomisario le suceda otra persona, entonces podríamos referirnos a éste como *heredero final*, sobre el que no pesará ninguna carga de conservación y restitución. Y en caso de tener que conservar y restituir el patrimonio fideicomitado a otra persona, convirtiéndose entonces por ello en fiduciario, haríamos referencia a éste como *segundo heredero*, y así sucesivamente hasta el nombramiento del *heredero final*.

## **2.2.- El incomprensible uso actual de los términos fideicomiso y sustitución fideicomisaria como sinónimos**

Antes de continuar, consideramos oportuno dejar expuesto que, a día de hoy, gran parte de la doctrina y jurisprudencia española a la hora de hacer referencia a la sustitución fideicomisaria lo hace con el término “*fideicomiso*”.

Es decir, que se usan ambos términos, “*fideicomiso*” y “*sustitución fideicomisaria*”, como sinónimos, produciéndose con ello, bajo nuestro punto de vista, una gravísima confusión terminológica que debería de ser tenida en cuenta por nuestros tribunales y legisladores como problema a resolver, ya que no se trata de una simple cuestión de nomenclatura, sino de algo más trascendente al tratarse de diferentes figuras jurídicas que no deben, ni tienen por qué, confundirse.

---

<sup>86</sup> LASARTE, *Op. cit.*, pág. 127.

PUIG FERRIOL<sup>87</sup> en este sentido argumenta que *“durante mucho tiempo, fideicomiso y sustitución fideicomisaria fueron tratados como si formaran una sola institución, sin reparar en que respondían a dos concepciones y a dos épocas distintas. Ello tenía sus inconvenientes, pues se pretendía explicar con materiales sacados del Derecho romano primitivo situaciones que obedecían únicamente a peculiaridades propias de este Derecho, con lo cual aumentaban las confusiones en una materia ya de por sí difícil. En los últimos tiempos, los tratadistas procuraron poner de relieve las diferencias existentes entre una y otra figura”*.

Efectivamente, tal y como afirmaba PUIG FERRIOL, no son pocos los autores que se encargaron de exponer las diferencias entre una y otra institución. Así, por ejemplo, CASTÁN<sup>88</sup> reconoce que *“la dualidad de herederos diferencia la sustitución fideicomisaria del fideicomiso romano. En la primera el fiduciario es realmente heredero y disfruta, como tal, de la herencia, mientras que en el segundo el fiduciario aparece como un mero mandatario o ejecutor testamentario, encargado de entregar los bienes al verdadero heredero. En la sustitución fideicomisaria hay, por consiguiente, dos o más liberalidades; en el fideicomiso una sola liberalidad...La distinción entre el fideicomiso y la sustitución fideicomisaria resulta reconocida y confirmada por la jurisprudencia”*.

Por su parte, JERÓNIMO LÓPEZ<sup>89</sup> expone: *“extrañará que los autores antiguos se refieran indistintamente al fideicomiso (de residuo o no) y a la sustitución fideicomisaria (de residuo o normal), porque en la actualidad (a partir de la formación de los Códigos civiles) se diferencian netamente los conceptos de fideicomiso y de sustitución fideicomisaria, y se establece una diferencia tajante entre ambos. En el fideicomiso, institución propia del Derecho romano, un heredero (fiduciario) está obligado a transmitir los bienes al fideicomisario, que no lo es; en la sustitución fideicomisaria moderna se establecen, en cambio, dos o más liberalidades a favor de personas llamadas como herederos en orden sucesivo, lo que significa la superación del principio romano semel heres, semper heres. De esta diferencia de configuración se derivan consecuencias importantes”*.

---

<sup>87</sup> PUIG FERRIOLL, *El Heredero...*, cit., pág. 24 y 25.

<sup>88</sup> CASTÁN, *Op. cit.*, pág. 441.

<sup>89</sup> JERÓNIMO LÓPEZ, *Op. cit.*, pág.754.

DE BUEN<sup>90</sup>, con el que coincide literalmente DOMINGO AZNAR<sup>91</sup> durante las quince páginas que dedica en su obra al respecto, expone: *“Dejando aparte cuestiones de léxico, que tienen, sin embargo, su importancia, lo cierto es que, según queda expuesto más atrás, ninguna de las notas que caracterizan a la sustitución fideicomisaria, se dan en el fideicomiso. (...) Las notas diferenciales, pues, resaltan de tal modo, que la confusión -a efectos dogmáticos- está injustificada por completo”*.

En el mismo sentido se expresa SÁNCHEZ ROMÁN<sup>92</sup> cuando argumenta: *“tratamos únicamente de recordar los conceptos fundamentales que han de servirnos para apreciar en su verdadero valor las disposiciones del Código y para evitar confusiones en que, dada la complicación de la materia, sería fácil incurrir como han incurrido ilustrados tratadistas. Así el Sr. Falcón, al tratar de ella encabeza su explicación con el epígrafe: Sustituciones fideicomisarias o fideicomisos. (...) Con lo que antes se ha dicho basta para comprender que no es enteramente exacto lo que afirma el Sr. Falcón, y que se equivoca al confundir dos instituciones que presentan distintos caracteres”*.

Y la autora SOLÉ RESINA<sup>93</sup>, por su parte, considera *“importante distinguir ya de inicio el fideicomiso de la sustitución fideicomisaria. En el fideicomiso, el primer llamado ha de hacer entrega de los bienes fideicomitidos de una manera inmediata; mientras que en la restitución fideicomisaria, la restitución tiene lugar después de un tiempo (cuando llega el término o se cumple la condición impuesta), de modo que hasta este momento el fiduciario conserva los bienes y los tiene en su dominio”*.

Igualmente, nuestro Tribunal Supremo no duda en considerar diferentes ambas instituciones, como refleja, por ejemplo, en su Sentencia de 11 de enero de 1996<sup>94</sup>, donde establece que *“Las diferencias más notorias entre ambas instituciones son:*

*a.- En el fideicomiso puro hay una sola liberalidad, pues el testador contempla y dispone a favor de una sola persona o de varias a la vez, en cambio en la sustitución fideicomisaria, existen al menos dos actos de liberalidad, uno a favor del heredero fiduciario y otro a favor de los herederos fideicomisarios, existe, pues, una sucesión en la herencia, es decir, dos o más liberalidades, cosa que no ocurre en el fideicomiso.*

---

<sup>90</sup> DE BUEN, *Op. cit.*, pág. 452.

<sup>91</sup> DOMINGO AZNAR, *Op. cit.*, págs. 67 a 78.

<sup>92</sup> SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones*. Tomo Sexto, Impresores de la Real Casa, Madrid, 1.910, pág. 691.

<sup>93</sup> SOLÉ RESINA, *Sustitución fideicomisaria en el Código Civil*. En *Tratado de Derecho de Sucesiones*, M<sup>a</sup>. Gete-Alonso y Calera (directora), Tomo I, Editorial Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 972.

<sup>94</sup> RJ 1996, 4271.

*b.- En el fideicomiso el fiduciario no es heredero, sino "ejecutor testamentario", en la medida en que el testador le encarga sobre la base de la confianza la entrega de la herencia al heredero, en cambio en la sustitución fideicomisaria el fiduciario es heredero.*

*c.- En el fideicomiso existe un encargo o ruego del testador al fiduciario acerca de que cumpla su voluntad, en cambio en la sustitución fideicomisaria existe para el fiduciario una obligación jurídica de conservar y transmitir los bienes de la herencia a los herederos fideicomisarios.*

*d.- En el Derecho civil común se regula la sustitución fideicomisaria, pero no el fideicomiso”.*

Leyendo la opinión de estos autores y la línea marcada por el Supremo, lo lógico es que el lector se plantee, ¿pero entonces, por qué se confunden ambas instituciones?

A la confusión de nuestro Alto Tribunal seguimos sin encontrar respuesta. Sin embargo, cuando el error lo cometen algunos autores, la confusión puede llegar a justificarse por una serie de motivos, los cuales pasamos a examinar.

### **2.2.1.- Antecedentes históricos de la confusión terminológica**

Lo cierto es que el origen de dicha confusión data de la época romana, permaneciendo, posteriormente, en nuestro Derecho Castellano, en nuestra época codificadora, e incluso, en la actualidad.

En nuestra opinión, el Código de las Partidas, que era considerado por VALLET DE GOYTISOLO<sup>95</sup> como el Código más sistemático y perfecto recogido en el Derecho Romano en una lengua romance, fue precisamente el que inició la confusión terminológica, ya que en su Ley 14, Partida 6ª, Título V, regulaba en su primer apartado el fideicomiso romano puro bajo el término de sustitución fideicomisaria al recoger que: *“la sustitución que es llamada en latín fideicommissaria quiere decir establecimiento de heredero que es puesto en fe de alguno que la herencia desea de su mano que le dé a otro”*.

---

<sup>95</sup> VALLET DE GOYTISOLO, “La inclusión de la fideicomisaria como especie de sustitución”, en *Revista de Derecho Notarial*, Tomo II, 1.981, pág. 326.

GONZÁLEZ PALOMINO<sup>96</sup> en este sentido argumenta que “*Las Partidas, bajo el nombre de sustitución fideicomisaria, regularon el fideicomiso romano puro, o sea: el <<establecimiento de heredero que es puesto en fe de alguno, que la herencia dexa en su mano, que la de a otro>>. Algunos autores manipulan con el fideicomiso como si se tratara de una verdadera sustitución, basándose en un equívoco que existe en la misma ley, y puede causar despistes, si no se va prevenido*”.

El mismo autor<sup>97</sup> de forma simpática y brillante, expuso en referencia a la confusión ya en el Derecho Castellano que “*sobre un fondo de paisaje, que parece romano, se destacan perfiles netos de figuras autóctonas con trajes de época. El cuadro armoniza los diversos elementos, y no es menos castellano por estar pintado, como los de Velázquez, con técnica aprendida de los viejos maestros de Italia, ni menos original. Si buscamos en él a Doña Sustitución Fideicomisaria nos llevaremos un chasco. A primera vista se observa al pie de una de las figuras escrito ese nombre. Pronto nos percatamos que no debe de tratarse de una dama porque tiene barba. Se trata, en efecto, del señor Fideicomiso Romano, al que los pintores de cámara de Don Alfonso el Sabio cambiaron de nombre y de sexo*”.

También contribuye a la confusión doctrinal el hecho de que cuatro años antes de la publicación del C.c., ALONSO MARTÍNEZ (para muchos, el “padre” del C.c.), en su obra *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, llegó a titular su capítulo V, dedicado a la sustitución fideicomisaria, como “*Del Fideicomiso*”, denominando la institución a lo largo de su obra indistintamente como “*sustitución fideicomisaria*” y “*fideicomiso*”<sup>98</sup>.

Evidentemente, el hecho de que ALONSO MARTÍNEZ usase ambos conceptos para referirse a la figura que centra nuestro estudio puede justificar la confusión terminológica existente entre los autores de aquella época. Pero sólo en aquella época.

---

<sup>96</sup> GONZÁLEZ PALOMINO, *Op.cit.*, pág. 28.

<sup>97</sup> GONZÁLEZ PALOMINO, *Op.cit.*, pág. 28.

<sup>98</sup> ALONSO MARTÍNEZ, *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, recogido en la obra de ROGEL y VATTIER (coord.), *Manuel Alonso Martínez. Vida y obra*, Editorial Tecnos, Madrid, 1.991, pág. 1.218, donde expone el autor: “*¿Qué razón puede haber para prohibir las sustituciones fideicomisarias a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador? Ninguna; y sería menester que un alto interés social la demandara imperiosamente, para que fuese legítima esa limitación a la libertad humana. Del fideicomiso, encerrado dentro de ciertos límites, ni puede decirse (...)*” (la negrita es nuestra).

Y es que, de haberse mantenido en la redacción de nuestro C.c. ambos términos a la hora de regular la institución, como, por ejemplo, sucede en Portugal<sup>99</sup>, el uso indistinto de los dos conceptos para dirigirse a la sustitución fideicomisaria sería una realidad.

Sin embargo, ello no fue así, dado que, con la publicación del C.c., la regulación de la institución llevada a cabo en los artículos 781 a 789 del C.c. únicamente hace referencia a ella como sustitución fideicomisaria y nunca como fideicomiso.

### 2.2.2.- La postura del Tribunal Supremo al respecto

Por nuestra parte, seguimos sin encontrar ninguna lógica a que nuestro Alto Tribunal, que como expusimos anteriormente, reconozca, claramente, las diferencias entre una y otra institución, y al mismo tiempo use, como sinónimos, las figuras jurídicas del fideicomiso y la sustitución fideicomisaria.

Traemos a colación al presente estudio algunas de las muchísimas Sentencias (la mayoría que regulan la materia) que así lo acreditan, como por ejemplo, la de 19 de mayo de 1.952<sup>100</sup>, que establece “*que ciertamente no cabe asimilar en absoluto las facultades del fiduciario a las del usufructuario, porque como dijo la Sentencia de 26 de febrero de 1919 y lo reconoce la doctrina científica, el usufructo y la **sustitución fideicomisaria** condicional son instituciones jurídicas distintas... por ello es aplicable al **fideicomiso** por analogía la norma del artículo 480 del Código Civil...*”.

O la Sentencia de 19 de noviembre de 1.964<sup>101</sup>, que recoge en su penúltimo Considerando que “*los hoy litigantes, ni están llamados expresa y claramente a la sucesión, ni..., indispensable para el nacimiento de **la sustitución fideicomisaria** en su interpretación literal; (...) resulta imposible estimarlos herederos del don Sixto ni en forma directa ni en la de **fideicomiso***”.

Más recientemente, en la Sentencia de 28 de junio de 2.002<sup>102</sup>, expone nuestro Tribunal Supremo, siempre tratando ambos términos como sinónimos, que: “*En este caso, se cumplió la primera condición: el fiduciario falleció con un hijo «cum liberis decesserit» por lo que éste es el fideicomisario, adquiere los bienes y **el fideicomiso se purifica.***”

---

<sup>99</sup> El C.c. portugués, que recoge, en su art. 2.286: “*Se llama sustitución fideicomisaria o fideicomiso...*”.

<sup>100</sup> RJ 1952, 1231.

<sup>101</sup> RJ 1964, 5108.

<sup>102</sup> RJ 2002, 5507.

*(...) en que se cumple la condición y se purifica la sustitución fideicomisaria”.*

También en la Sentencia de 22 de junio de 2.010<sup>103</sup> se contempla que “*los bienes de la mejora de que no hubiera dispuesto por actos inter vivos, los conservará y transmitirá en sustitución fideicomisaria al hijo varón del testador que siga en edad al mejorado...; (...) ordenando que aquello de que no hubiere dispuesto la legataria por actos inter vivos, lo conserve y transmita en sustitución fideicomisaria...; (...) Según la disposición testamentaria del causante, si el mejorado, don Landelino, hubiera tenido un hijo varón -que viviera al tiempo de su muerte- la sustitución fideicomisaria no habría tenido lugar...; (...) el causante -padre de don Landelino- confirió a aquél absoluta facultad de disponer "inter vivos" de los bienes objeto del fideicomiso..., y dentro de los límites de la normalidad ajustándose a lo señalado por el causante que estableció el fideicomiso”.*

En la Sentencia de 2 de noviembre de 2.010<sup>104</sup> se recoge que “*la demanda que ha dado lugar al presente proceso fue interpuesta por los herederos de don Fructuoso frente a los herederos de doña Agustina interesando en definitiva la efectividad de la sustitución fideicomisaria establecida en su día por el esposo de ésta.... Doña Agustina gozaba de las más amplias facultades de disposición sobre los bienes heredados del mismo tanto "inter vivos" como "mortis causa" de modo que, incluso, los que eran objeto de fideicomiso podían ser transmitidos a personas distintas de los fideicomisarios, extinguiendo así el fideicomiso, pero no puede entenderse que producía tales efectos extintivos del fideicomiso la disposición efectuada en testamento precisamente a favor del fideicomisario y sobre los bienes objeto del fideicomiso, pues cabalmente ha de entenderse que en tal caso la fiduciaria no hacía otra cosa que ratificar los términos del fideicomiso...”.*

En la Sentencia de 18 de marzo de 2.011<sup>105</sup> expone nuestro Alto Tribunal: “*En las sustituciones fideicomisaria condicionales el fiduciario puede enajenar los bienes sujetos a la condición, de modo que no es esencial que el testador imponga la carga de conservar, porque va implícita en dicho fideicomiso... que demuestran que dichos nietos se consideraban herederos libres en relación a los bienes sometidos al fideicomiso”.*

---

<sup>103</sup> RJ 2010, 4900.

<sup>104</sup> RJ 2010, 7981.

<sup>105</sup> RJ 2011, 3323.

Como puede comprobarse, también nuestro Alto Tribunal usa indistintamente los términos sustitución fideicomisaria y fideicomiso para dirigirse a la institución. ¿El motivo? No se nos ocurre ninguno.

Lo que sí que podemos afirmar es que el hecho de que el Tribunal Supremo se dirija a la figura jurídica como fideicomiso o sustitución fideicomisaria parece justificar la confusión terminológica en la que caen algunos autores, pero no todos, tal y como justificaremos a continuación.

### **2.2.3.- El uso exclusivo del término “fideicomiso” en Cataluña para referirse a la sustitución fideicomisaria**

Al igual que ocurriese en las Partidas, en el C.c. Catalán actual se usa el término fideicomiso para dirigirse a la sustitución fideicomisaria.

El origen de tal confusión, bajo nuestro punto de vista, es debido a la originaria Compilación de Cataluña de 1.960 (Texto Refundido de 19 de julio de 1.984) donde, por un lado, se regulaba el fideicomiso puro, y por el otro, la sustitución fideicomisaria o fideicomiso de sustitución.

De hecho, el artículo 163 de la Compilación Catalana recogía:

*“En el fideicomiso puro, el heredero o legatario tendrá la condición de fiduciario, con la obligación de cumplir el encargo de transmitir la totalidad o una cuota de la herencia o legado, sin que pueda hacer suyos los frutos, salvo autorización del testador.*

*En el fideicomiso de sustitución o sustitución fideicomisaria, el fiduciario adquirirá la herencia o el legado con el gravamen de que, finalizado el término o cumplida la condición, haga tránsito al fideicomisario la totalidad o la cuota fideicomitada de la herencia o del legado.*

*Las sustituciones fideicomisarias dispuestas para después de fallecido el fiduciario tendrán el carácter de condicionales, salvo voluntad contraria del causante”.*

Es decir, que el fideicomiso romano como simple ruego del causante hacia el fiduciario para que, en base a su buena fe, cumpliera su encargo, existió como tal en la

Compilación Catalana, y de ahí el uso totalmente justificado del término fideicomiso en aquella época.

O'CALLAGHAN<sup>106</sup> en tal sentido indica que *“la característica del primitivo fideicomiso romano, que era el encargo a la bona fides del fiduciario de cumplir la disposición del causante, todavía inspira la redacción del párrafo 1º del presente artículo 163. Esta norma recoge el concepto romano evolucionado, al no referirse a la buena fe sino a la obligación, pero mantiene la idea del encargo”*; mientras que ROCA SASTRE<sup>107</sup> llega a afirmar que *“el articulado de la Compilación sobre fideicomisos se apoya sustancialmente en materiales romanos. Algún artículo, como el 186, es casi copia de las leyes <<Sed quia>> y <<Sin autem>> de Justiniano (Codex, VI-43, ley 3, párrafos 2º y 3º), relativas a la enajenación de bienes fideicomitidos”*.

La coexistencia de los fideicomisos puros con la sustitución fideicomisaria en Cataluña tuvo lugar hasta la aprobación del Código de Sucesiones de Cataluña (Ley 40/1991, de 30 de diciembre), el cual regula la institución fideicomisaria en su capítulo VII de forma amplia y completa, concretamente entre sus artículos 180 a 249.

En su Preámbulo, el Código de Sucesiones en su apartado IV, letra c), dedica a los fideicomisos las siguientes palabras: *“EL Capítulo VII contiene una completa regulación de los fideicomisos, históricamente tan frecuentes en Cataluña. Se ha conservado casi íntegro el texto de la Compilación de 1.960, con algún complemento tomado del anteproyecto de 1.955, pero se han introducido las siguientes modificaciones:*

*a.- Se suprime la figura del fideicomiso puro, con lo cual se consigue una notable simplificación de la institución.*

Es decir, que a partir del Código de Sucesiones, en Cataluña se suprimieron los fideicomisos puros, y se apostó única y exclusivamente por el uso de la sustitución fideicomisaria.

Sin embargo, el legislador catalán de 1.991, tras erradicar por completo el uso de los fideicomisos puros en el Código de Sucesiones, y apostar por la sustitución

---

<sup>106</sup> O'CALLAGHAN, “Artículo 162”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, 1.978, pág. 38.

<sup>107</sup> ROCA SASTRE, “Los elementos componentes de la Compilación”, en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña*, Editorial Bosch, Barcelona, 1.961, pág. 16.

fideicomisaria, decidió, bajo nuestro punto de vista de forma incomprensible, dirigirse a esta institución indistintamente con ambos términos, originándose desde entonces, una confusión terminológica respecto a la institución que perdura hasta nuestros días.

Prueba de ello es que el título del capítulo VII del Código fuese “*Los fideicomisos*”; y, en cambio, en su articulado se usaban indistintamente los términos “*fideicomiso*” y “*sustitución fideicomisaria*”, cuando en realidad, reiteramos, ya única y exclusivamente se regulaba la sustitución fideicomisaria.

RIVAS MARTÍNEZ<sup>108</sup> en este sentido manifiesta que “*aunque la norma transcrita utiliza la expresión general “fideicomisos” (por arrastre de la letra de la Compilación) se refiere a las cláusulas fideicomisarias*”.

Más recientemente, la Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña (en adelante C.c. Catalán), relativo a las sucesiones, siguiendo la Compilación de Cataluña de 1.960 y el Código de Sucesiones de Cataluña, regula la sustitución fideicomisaria de forma amplia en los artículos 426-1 a 426-59.

A diferencia de lo sucedido en el Código de Sucesiones, hemos de señalar que el C.c. Catalán utiliza en contadas ocasiones el término “*sustitución fideicomisaria*”, utilizando por regla general para dirigirse a la institución el de “*fideicomiso*”. Incluso, el Capítulo VI, del Título II, del Libro IV del C.c. Catalán, dedicado a la institución, lleva por título: “*Los fideicomisos*”.

¿Por qué volvió a dejar pasar la oportunidad el legislador catalán de 2.008 de arreglar la confusión terminológica iniciada por el legislador de 1.991? Es decir, ¿por qué no usó exclusivamente el término de sustitución fideicomisaria para dirigirse a esta institución?

Por nuestra parte, seguimos sin encontrar respuesta al respecto, pero de lo que no nos cabe ninguna duda es de que en el C.c. Catalán, al referirse al fideicomiso se está haciendo referencia a la sustitución fideicomisaria y no al fideicomiso puro, pudiéndose extraer tal conclusión del artículo 426-1, cuando expone: “*1.- En el fideicomiso, el fideicomitente dispone que el fiduciario adquiera la herencia o el legado con el gravamen de que, una vez vencido el plazo o cumplida la condición, hagan tránsito al*

---

<sup>108</sup> RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*. Tomo II, Cuarta Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2.005, pág. 219.

*fideicomisario. 2.- Los fideicomisarios suceden siempre al fideicomitente, aunque uno sea fideicomisario después de otro”.*

Y es que, desde el momento en el que afirma que el fiduciario es, realmente, un verdadero heredero y disfruta como tal de la herencia, no cabe la menor duda de que, en realidad, el C.c. Catalán regula una sustitución fideicomisaria, aunque a ella se refiera como fideicomiso. De hecho, de haberse tratado de un fideicomiso en lugar de una sustitución fideicomisaria, el fiduciario no disfrutaría de la herencia fideicomitada, sino que, únicamente, se limitaría a entregar los bienes al verdadero heredero, es decir, al fideicomisario.

Por último, hemos de reconocer que los autores que se dirigen a la sustitución fideicomisaria de Cataluña podrán hacerlo indistintamente con el término fideicomiso o sustitución fideicomisaria, porque así lo contempla el propio C.c. Catalán, si bien en realidad estarán haciendo referencia siempre a la sustitución fideicomisaria.

#### **2.2.4.- La confusión en nuestra doctrina**

Por todos los motivos anteriormente expuestos, hemos de reconocer que hasta cierto punto puede justificarse la confusión que lleva a algunos autores<sup>109</sup> a usar como sinónimos los términos sustitución fideicomisaria y fideicomiso, ya que así lo hizo en su época uno de los “padres” del C.c., como fue ALONSO MARTÍNEZ, y así lo sigue haciendo, en la actualidad, nuestro Tribunal Supremo, o, incluso, por el hecho de que la misma figura jurídica denominada sustitución fideicomisaria en nuestro Derecho Común se conozca en Cataluña como fideicomiso.

Como ejemplo de los muchos autores que usan indistintamente ambos términos para referirse a la sustitución fideicomisaria traemos a colación la opinión de MANRESA<sup>110</sup>, el cual, aunque sin justificar el motivo que le lleva a ello, titula el apartado dedicado al estudio de los problemas que puede conllevar la interpretación de la sustitución fideicomisaria como: “*Problemática del fideicomiso*”; o el autor GALICIA

---

<sup>109</sup> Entre otros muchos, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Código Civil. Comentarios, Notas y Jurisprudencia*, Editorial Dijusa, Madrid, 2.007, pág. 656 y DOMÍNGUEZ REYES, “La sustitución fideicomisaria de residuo. Especial atención a la preventiva de residuo”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Número 682, Marzo-Abril, 2.004, pág. 937.

<sup>110</sup> MANRESA, *Op. cit.*, pág. 269.

AIZPURUA<sup>111</sup>, que a la hora de fijar las clases de sustituciones fideicomisarias posibles refleja: “*Cabe distinguir, según concurra o no deber de conservar, dos clases o tipos de sustituciones fideicomisarias (la normal y la de residuo)... A su vez, uno y otro tipo de fideicomiso (o sea, el ordinario y el de residuo)*”; o también RIVAS MARTÍNEZ<sup>112</sup>, que a lo largo de toda su obra usa indistintamente los términos “fideicomiso” y “sustitución fideicomisaria” para referirse a esta última figura.

Sin embargo, y concluyendo ya con este epígrafe, hemos de remarcar que, junto a los autores cuya confusión terminológica puede llegar a justificarse, existen otros cuya actuación al respecto, bajo nuestra opinión, es totalmente inexplicable.

Nos referimos a aquéllos que con carácter previo se ocupan de resaltar las diferencias existente entre una y otra institución, para acabar usándolas como sinónimos. Así, por ejemplo, ROCA SASTRE<sup>113</sup>, el cual expone: “*la existencia de esta característica diferencial entre el fideicomiso puro y la sustitución fideicomisaria es fácil de comprobar, no sólo desde el punto de vista institucional, sino en el orden histórico*”, para acto seguido, y ya durante el resto de la obra, usar indistintamente los términos “fideicomiso” y “sustitución fideicomisaria” de forma indistinta para dirigirse a esta última.

En otro de sus estudios<sup>114</sup>, en cambio, equipara directamente ambas instituciones a la hora de definir la sustitución fideicomisaria, al exponer: “*el fideicomiso a término o bajo condición, o sea, la sustitución fideicomisaria...*”.

Pero el razonamiento que más nos sorprende a la hora de justificar el uso como sinónimos de ambos términos es el de ALBALADEJO<sup>115</sup>, ya que el ilustrísimo profesor argumenta que “*a la sustitución fideicomisaria que voy a estudiar se le llama también, por abreviar, fideicomiso. (...) De modo que, el término fideicomiso cuando lo uso en la exposición que sigue no debe ser tomado en el sentido de que, como el fideicomiso romano, sea designar el causante a una persona que no quiere como heredero, sino (...). Ese fideicomiso está hoy prohibido en el Código civil (...). Sin embargo, por*

---

<sup>111</sup> GALICIA AIZPURUA, *Comentarios al Código Civil*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (director), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2.013, pág. 5.716.

<sup>112</sup> RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*. Tomo II, Cuarta Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2.009, págs. 1169-1217.

<sup>113</sup> ROCA SASTRE, *El fideicomiso...*, cit., pág. 29.

<sup>114</sup> ROCA SASTRE, *Estudios...*, cit., pág. 33.

<sup>115</sup> ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 147.

*brevedad, y como ya he advertido, en la exposición que sigue hablo a veces de fideicomiso para referirme a la sustitución fideicomisaria”.*

El propio autor<sup>116</sup> sigue afirmándose en su pensamiento en una obra de gran influencia para todos los juristas españoles, como es el *Comentario del Código Civil* del Ministerio de Justicia, cuando a la hora de comentar el artículo 781, comienza exponiendo: *“A la sustitución fideicomisaria se le llama también, por abreviar, fideicomiso. Con esta palabra hoy se hace referencia al establecimiento de herederos para que reciban sucesivamente la herencia del testador, o herencia fideicomitida o fideicomiso. De modo, pues, que el término fideicomiso cuando lo uso en la exposición que sigue, no debe ser tomado en el sentido de que, como el fideicomiso romano, sea designar el causante a una persona a la que no quiere realmente como heredero, sino a la que confía la misión de que se haga cargo de la herencia simplemente para el fin de entregarla a la persona, el fideicomisario, a quien el difunto dispuso, que es la única que éste quiere como sucesor. Este fideicomiso como el romano, está hoy prohibido en el C.c.”.*

También equipara ambas figuras ALBALADEJO<sup>117</sup> en su propio manual de Derecho Civil (referencia para todos los estudiantes de Derecho), donde indica que *“como dije, la sustitución fideicomisaria o, por abreviar, el fideicomiso, es aquella...”.*

Por nuestra parte seguimos sin comprender como un referente del Derecho Civil como ALBALADEJO, simplemente “por abreviar”, decidiese usar el nombre de una figura jurídica prohibida en el C.c., y diferente a la sustitución fideicomisaria, para dirigirse a ésta.

Debido a la importancia e influencia del autor, su decisión de denominar a la sustitución fideicomisaria con uno u otro término indistintamente “por abreviar”, se refleja en la mayoría de nuestra doctrina posterior, citando como ejemplo, entre otros, a DÍAZ ALABART<sup>118</sup>, que también concluye que *“por brevedad, y a veces por no repetir continuamente la misma expresión, hablo de fideicomiso de residuo o, indistintamente, sustitución fideicomisaria de residuo...Lo mismo hablo indistintamente de fideicomiso normal o de sustitución fideicomisaria, pero siempre para referirme a la sustitución*

---

<sup>116</sup> ALBALADEJO, *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, 1.996, pág. 1.922.

<sup>117</sup> ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, Décima Edición, Editorial Edisofer, Madrid, 2013, pág. 280.

<sup>118</sup> DÍAZ ALABART, *El fideicomiso de residuo...*, cit., págs. 30 y 31.

*fideicomisaria en la que el fiduciario carece de poder de enajenar, disponer o consumir todos los bienes fideicomitidos o parte de ellos. Lo que quiero que quede claro es que nunca hablo de fideicomiso en el sentido de encargo hecho a una persona (que, aunque reciba materialmente los bienes, no es en realidad heredero, sino mero ejecutor) de que entregue la herencia a otra que es el único heredero material que el causante quiso. Tal cosa, aparte de que no quepa en nuestro Código, no la contemplo en el estudio que sigue”; o en ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES<sup>119</sup> que, igualmente, refleja que “el origen histórico de la sustitución fideicomisaria nos aclara el por qué no podemos hablar actualmente de fideicomiso en el mismo sentido en que se hacía en el Derecho romano, ya que las diferencias entre una y otra figura son claras, si atendemos a sus notas fundamentales. Lo que sí podemos hacer es utilizar indistintamente los términos <<sustitución fideicomisaria>> y <<fideicomiso>>, pero entendiéndolo siempre en su sentido actual, y no en el originario de la institución romana”.*

A modo de conclusión dejamos expuesto que, bajo nuestro punto de vista, los autores que incurren en la confusión terminológica entre sustitución fideicomisaria y fideicomiso podrían englobarse en dos grupos. Por un lado, aquéllos que consideran que realmente ambos términos son sinónimos en base a todos los motivos que hemos expuesto en el presente epígrafe; y, por otro, los que aun siendo conscientes y anunciando las diferencias existentes entre una y otra institución, deciden igualmente dirigirse a ella con uno u otro término por economía lingüística.

Por nuestra parte, una vez estudiada en profundidad la figura jurídica y apreciadas las diferencias existentes con el fideicomiso (las cuales son reconocidas por el Tribunal Supremo y la mayoría de nuestra doctrina), a lo largo del presente trabajo únicamente haremos referencia a la institución que estudiamos como “*sustitución fideicomisaria*”, término usado por nuestro C.c. a la hora de dirigirse a la misma.

### **2.3.- Clases de sustituciones fideicomisarias**

Las clases de sustituciones fideicomisarias pueden englobarse en diferentes grupos.

---

<sup>119</sup> ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, “La sustitución fideicomisaria de residuo. Especial atención a la preventiva de residuo”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 682, Marzo-Abril, 2.004, pág. 937.

a.- Si se atiende a la obligación de conservar y restituir la herencia se puede hablar simplemente de *sustitución fideicomisaria ordinaria*, en la que el fiduciario debe conservar la herencia y restituirla al fideicomisario llegado el momento o cumplida la condición impuesta por el fideicomitente, y *sustitución fideicomisaria de residuo*, en la que el fiduciario es autorizado por el testador para disponer total o parcialmente de la herencia fideicomitada, de modo que, llegado el momento, el fideicomisario recibirá únicamente los bienes que queden o resten.

Debido a su importancia histórica y práctica, al estudio de la sustitución fideicomisaria de residuo dedicaremos un epígrafe exclusivo en el presente capítulo.

b.- Si atendemos al momento en el que debe producirse la delación fideicomisaria, entonces haremos referencia a la *sustitución fideicomisaria sometida a término (a plazo)*, o *sustitución fideicomisaria sometida a condición*, con lo que el fiduciario adquirirá la herencia, en uno u otro caso, con el gravamen de restituirla al fideicomisario una vez finalizado el término, o cumplida la condición.

Entendemos necesario establecer previamente una línea de demarcación entre ambos supuestos. Así, mientras la condición se refiere a un acontecimiento incierto, el establecimiento de un término se refiere a un acontecimiento cierto. Eso sí, tanto el término como la condición dependen de un suceso futuro, aunque la diferencia entre ambos supuestos es que cuando lo que se haya fijado sea un término, el suceso ocurrirá seguro, (no se sabe cuándo, pero sí se sabe que ocurrirá seguro, como la muerte de una persona), mientras que cuando lo que se haya fijado sea una condición, ésta puede o no producirse (que acabe la carrera, que fallezca sin hijos, que cumpla 50 años...).

La diferencia básica que existe entre ambas es que la delación hereditaria a favor del fideicomisario en la sustitución fideicomisaria a término se produce desde el fallecimiento del fideicomitente. Desde ese momento, el fideicomisario ya se considera heredero del fideicomitente, aunque la restitución de los bienes fideicomitados no se producirá hasta que se alcance el término fijado por el causante. Sin embargo, en la sustitución fideicomisaria condicional, la delación hereditaria a favor del fideicomisario no se producirá hasta que se cumpla la condición. Es decir, que hasta dicho momento el fideicomisario no se puede considerar heredero del causante.

Coincide plenamente nuestra doctrina<sup>120</sup> en señalar que por regla general, e incluso por defecto cuando el testador no haya dispuesto nada al respecto, la sustitución fideicomisaria será considerada a término, operando con carácter ordinario la restitución de los bienes a favor del fideicomisario a la muerte del fiduciario.

Incluso, en algunos de nuestros Derechos Forales es la propia legislación la que contempla literalmente que será la muerte del fiduciario la que marque el término en los supuestos en los que existan dudas al respecto. Así, por ejemplo, sucede en el C.c. de Cataluña, donde recoge su artículo 426-14.3 que: “*En caso de duda, se entiende que el fideicomiso es ordenado para después de la muerte del fiduciario...*”.

Se trata, entonces de un término *certus an et incertus quando*, que, necesariamente, ha de llegar aunque se ignore el momento preciso.

Pero, tal y como acabamos de exponer, el testador también puede fijar en un término cierto (*dies certus an et quando*) la restitución de los bienes fideicomitidos a favor del fideicomisario. Por ejemplo, puede fijarse como término el de dos años, transcurridos los cuales, el fiduciario deberá restituir la herencia fideicomitida al fideicomisario.

En ambos casos de sustitución fideicomisaria a término (sea a la muerte del fiduciario, o al llegar a cualquier otro término), el derecho del fideicomisario está sometido a un término suspensivo (*dies a quo*), siendo seguro que la restitución a favor del fideicomisario se llevará a cabo, a pesar de no conocerse en algunos supuestos el momento exacto en el que dicha restitución tendrá lugar (como en aquellos en los cuales se fije como momento para restituir la herencia la muerte del fiduciario).

Por todo ello, establece el artículo 784 del C.c., que “*el fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario. El derecho de aquél pasará a sus herederos*”.

Tal y como expone OSSORIO MORALES<sup>121</sup>, dicha situación es contraria a la adoptada por el Derecho Romano y por nuestro Derecho histórico, donde se consideraba indispensable para que el llamamiento del fideicomisario tuviera eficacia, que éste viviera al tiempo de cumplirse el término, siendo, por consiguiente, necesario que

---

<sup>120</sup> Así lo consideran, entre otros, ALBADALEJO, *Comentarios...*, cit., págs. 162 y 163; OSSORIO MORALES, *Op. cit.*, pág. 275; ALBÁCAR y DE CASTRO GARCÍA, *Op. cit.*, pág. 704; O'CALLAGHAN, *Compendio...*, cit., pág. 142 y LACRUZ BERDEJO, *Op. cit.*, pág. 272.

<sup>121</sup> OSSORIO MORALES, *Op. cit.*, pág. 276.

sobreviviera al fiduciario cuando la restitución hubiera de hacerse a la muerte de éste, o, en todo caso, que viviera al llegar el día fijado por el testador para verificarla.

Sin embargo, tal y como acabamos de ver, el contenido del artículo 784 del C.c. es terminante. El fideicomisario adquiere su derecho desde la muerte del testador (aunque los efectos de la adquisición queden aplazados hasta la llegada del término), y si muere antes de dicho momento, transmite tal derecho a sus propios herederos, como elemento que está ya en su patrimonio.

En cambio, cuando la sustitución fideicomisaria se establece bajo condición, el llamamiento del fideicomisario queda sometido o subordinado al acaecimiento del hecho futuro o incierto (la condición), de tal modo que no se sabe si surgirá o no el deber de restituir a su favor la herencia, ni si llegará o no a ser heredero, ya que hasta que no se cumpla la condición suspensiva no tendrá lugar la apertura de la sustitución fideicomisaria.

Para que se verifique la sustitución será necesario que el fideicomisario viva aún al cumplirse la condición, pues sólo a partir de entonces adquiere un derecho definitivo a la sucesión. Si muere antes de cumplirse la condición, aunque sobreviva al fideicomitente, el fideicomisario no transmitirá derecho alguno a sus herederos, ya que coinciden la jurisprudencia y la doctrina en que en tal supuesto, no sería de aplicación el artículo 784 del C.c., y que como el fideicomisario sólo tiene una expectativa y no un derecho que forme parte de su patrimonio hasta el cumplimiento de la condición, le será de aplicación el artículo 759 del C.c., que establece: *“El heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos”*.

Así lo establece, por ejemplo, RIVAS MARTÍNEZ<sup>122</sup> cuando al definir la sustitución fideicomisaria condicional establece que *“para que se verifique la sustitución es necesario que el fideicomisario viva aún al cumplirse la condición, pues sólo a partir de entonces adquiere un derecho definitivo a la sucesión; si muere antes de cumplirse la condición (aunque sobreviva al testador), no transmite derecho alguno a sus herederos, pues en este supuesto es de aplicación el art. 759 C.c. y no el citado 784”*.

---

<sup>122</sup> RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de...*, 2.009, pág. 1.174.

Siempre en el mismo sentido, ALBALADEJO<sup>123</sup> afirma que *“la expectativa de delación que el fideicomisario condicional adquiere cuando muere el causante, es una expectativa insegura (condicionada) e intransmisible a sus herederos si el fideicomisario premuere al cumplimiento de la condición”*.

Igualmente, SOLÉ RESINA<sup>124</sup> manifiesta que *“en las sustituciones condicionales, la entrega de los bienes por parte del fiduciario al fideicomisario está sometida al cumplimiento de un determinado evento, que es un incertus: mientras la condición está pendiente, el llamamiento del fideicomisario se halla sometido a su efectivo cumplimiento. Entonces, si el fideicomisario muere antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos (artículo 759 C.c.)”*.

Por su parte, nuestro Tribunal Supremo<sup>125</sup> ha declarado, de forma reiterada, que el artículo 784 C.c. no se refiere a la sustitución fideicomisaria condicional.

Declara la Sentencia de 20 de octubre de 1.954<sup>126</sup> que el artículo 784 sólo es aplicable a las sustituciones fideicomisarias a término (también nombradas como puras u ordinarias), pero no a las condicionales, en las que ningún derecho adquiere o puede transmitir el instituido bajo condición, mientras ésta no se cumpla, aunque haya sobrevivido al testador, según se desprende del artículo 759 en relación con el artículo 791.

En una Sentencia mucho más reciente, concretamente, en la de 1 de marzo de 2.013<sup>127</sup>, el Tribunal Supremo vuelve a reiterar que *“...a diferencia de la sustitución fideicomisaria de tipo condicional (artículo 759 del C.c.), en los fideicomisos ordinarios sujetos a término, supuesto que nos ocupa, los fideicomisarios adquieren sus derechos a la herencia desde la muerte del testador, transmitiendo dicho derecho a sus herederos si mueren antes que la restitución se opere (artículo 784 del C.c.)”*.

El hecho futuro o incierto en que consista la condición puede estar referido tanto al fiduciario como al fideicomisario (por ejemplo, el testador puede fijar que la delación

---

<sup>123</sup> ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., págs. 202 y 203.

<sup>124</sup> SOLÉ RESINA, *Op. cit.*, pág. 978.

<sup>125</sup> STS de 13 noviembre de 1.948 (RJ 1948, 1270) y 22 enero 1.969 (RJ 1969, 199), o la RDGRN de 4 febrero 1.980 (RJ 1980, 507).

<sup>126</sup> RJ 1954, 2636

<sup>127</sup> RJ 2013, 7414.

hereditaria se producirá a favor del fideicomisario cuando éste termine la carrera de Derecho, o cuando la termine el fiduciario).

Aunque lo cierto es que, en la práctica, la sustitución fideicomisaria condicional más usada se refiere, precisamente, a la eventualidad de que la delación a favor del fideicomisario se produzca cuando el fiduciario fallezca sin hijos, siendo conocido este supuesto, a cuyo estudio dedicaremos un apartado específico, con la expresión latina de *si sine liberis decesserit*.

c.- Y, por último, si atendemos al elemento real u objeto de la sustitución fideicomisaria, éste podrá comprender toda la herencia o una parte de ella, haciéndose el llamamiento del fideicomisario a título de heredero (*sustitución fideicomisaria universal*), o bien disponiendo la sustitución en cosas o bienes determinados, en cuyo caso los fideicomisarios tendrán el carácter de legatarios (*sustitución fideicomisaria particular*). Tal y como veremos a lo largo del presente trabajo, por regla general, la gran mayoría de supuestos son sustituciones fideicomisarias de carácter universal.

### **III.- NATURALEZA JURÍDICA Y NOTAS CARACTERÍSTICAS DE LA INSTITUCIÓN**

La doctrina más clásica<sup>128</sup> comenzó sosteniendo en un principio que mediante la sustitución fideicomisaria, en realidad, no se producía una sustitución, negando, con ello, la condición de heredero del fideicomisario.

Sin embargo, tal posición doctrinal quedó superada, tanto por nuestra propia doctrina como por la jurisprudencia, al poco tiempo de publicarse el C.c., pudiéndose afirmar, a día de hoy, sin ningún género de dudas, que estamos en presencia de una verdadera sustitución.

Cuenta ROCA-SASTRE MUNCUNILL<sup>129</sup> que se ha discutido mucho si la sustitución fideicomisaria, incluso de herencia, constituye una verdadera sustitución. Esta cuestión

---

<sup>128</sup> Así, ROCA SASTRE, *Estudios...*, cit., pág. 33, recoge que “*se ha discutido mucho si la sustitución fideicomisaria, incluso la de herencia, constituye una verdadera sustitución. LANCELOTO calificó este problema de altercatio inter doctores. En general, se le atribuye el carácter de una verdadera sustitución. En cambio, BALDO, seguido por FINESTRES, CASTILLO DE SOTOMAYOR, RAMOS DEL MANZANO, ARETINO y muchos otros clásicos niegan que se produzca una sustitución. MATHEATIO admite, a lo más, un tipo de sustitución in genero amplísimo*”.

está enlazada con la relativa a si el fideicomisario es heredero y en qué consiste la sustitución. Los que niegan que la sustitución sea una verdadera sustitución niegan, asimismo, que el fideicomisario sea heredero y, como no lo es, no sustituye exactamente al fiduciario, pues éste es heredero.

No obstante, debe sostenerse que el fideicomisario tiene la condición de heredero: antes de la restitución es un heredero electo y después, al entrar en la herencia, es un heredero efectivo. Muchas veces, en las cláusulas testamentarias de sustituciones fideicomisarias, el causante llama y denomina al heredero fideicomisario. Del artículo 785, 1º del C.c. resulta que el fideicomisario es heredero.

El fideicomisario, pues, se halla, al decir de ROCA SASTRE<sup>130</sup>, “*in loco heredis*”, y, precisamente porque no se subroga en la misma posición jurídica del fiduciario, pues no es sucesor suyo, sino que trae causa directamente del causante, es por lo que se trata de una sustitución, al igual que, por ejemplo, la de un funcionario que reemplaza al funcionario saliente en el cargo vacante.

La sustitución fideicomisaria hace que el fideicomisario ocupe el mismo lugar que el fiduciario en la herencia fideicomitada, y, por ello, podemos decir que es la sustitución por excelencia. Sustitución que, en palabras de PEREZ SERRANO<sup>131</sup>, supone, en la generalidad de los casos, una institución de heredero subordinada a otra, regulada dentro del Derecho positivo con una tipicidad rígida y con un criterio restrictivo y legalista, en el que no caben analogías, injertos ni conjeturas.

En cambio, nuestra doctrina siempre fue pacífica en cuanto a los requisitos que necesita la sustitución fideicomisaria para gozar de carácter legal, ya que la gran mayoría de autores, como DE DIEGO<sup>132</sup>, GONZÁLEZ PALOMINO<sup>133</sup>, ROCA SASTRE<sup>134</sup>, TRAVIESAS<sup>135</sup>, CASTÁN<sup>136</sup>, u OSSORIO MORALES<sup>137</sup>, entre otros, coinciden en

---

<sup>129</sup> ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones*, Tomo I, 2ª Edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1.995, pág. 493.

<sup>130</sup> ROCA SASTRE, *Estudios...*, cit., pág. 34.

<sup>131</sup> PÉREZ SERRANO, “Dictámenes”, I, Madrid, 1.965, pág. 569.

<sup>132</sup> DE DIEGO, *Instituciones...*, cit., pág. 273.

<sup>133</sup> GONZÁLEZ PALOMINO, *Op. cit.*, págs. 68 y 69, entiende que “*junto a los tres requisitos esenciales que necesita la sustitución fideicomisaria existen dos sacramentos alternativos, como son: a) El bautismo, que consiste por llamarla por su nombre extravagante; b) La penitencia, que radica en la obligación terminante del fiduciario de entregar los bienes al fideicomisaria cuando llegue el momento previsto por el testador*”.

<sup>134</sup> ROCA SASTRE, *Estudios...*, cit., pág. 33.

<sup>135</sup> TRAVIESAS, *Op. cit.*, pág. 414.

<sup>136</sup> CASTÁN, *Op. cit.*, págs. 441, 442 y 443.

señalar como límites y presupuestos que constituyen base y esencia de la institución, las tres siguientes características: a) la doble disposición, b) el orden sucesivo, y c) la conservación y restitución de la herencia.

Eso sí, dentro de la naturaleza de cada una de las características, entienden de forma unánime doctrina y jurisprudencia, que las dos primeras son consideradas como esenciales (de las que nunca podrá dispensar el causante si quiere instituir una sustitución fideicomisaria), mientras que la tercera, la de imponer al fiduciario la conservación de los bienes para restituirlos al fideicomisario llegado el momento o cumplida la condición, no es una característica esencial, sino natural, de la que podrá dispensar el testador de ser ésta su voluntad.

Por parte de la jurisprudencia, en un principio, eran señalados los tres requisitos como esenciales para la constitución de la sustitución fideicomisaria. Así, de las reiteradas Sentencias del Tribunal Supremo<sup>138</sup> que se encargan de confirmarlo, destacamos, nuevamente, la de 13 de diciembre de 1.974<sup>139</sup> por su simplicidad a la hora de definirlos, ya que expone que *“la Sustitución fideicomisaria precisa como requisitos esenciales para su existencia y efectividad: 1º Una doble o múltiple vocación hereditaria consignada en forma expresa e inequívoca en el testamento. 2º Gravamen dispuesto al fiduciario de conservar y entregar los bienes fideicomitados al llamado en segundo lugar a la sucesión. 3º Establecimiento de un orden sucesivo y cronológico para la adquisición de la herencia o legado, por el sustituido en primer lugar y por el sustituto, de forma que venga uno después del otro en trance de continuidad sucesoria”*.

Sin embargo, la jurisprudencia fue evolucionando en el mismo sentido que la corriente doctrinal hasta afirmar, hoy en día, también sin ningún género de dudas, que las características esenciales de la sustitución fideicomisaria son la doble disposición y el orden sucesivo, quedando, como característica natural la de conservar y restituir la herencia. Así, por ejemplo, lo manifiesta la Dirección General de los Registros y del Notariado en su resolución de 27 de octubre de 2.004<sup>140</sup>, donde recoge que *“de acuerdo con ello, el elemento esencial de la sustitución fideicomisaria sería el del llamamiento*

---

<sup>137</sup> OSSORIO MORALES, *Op. cit.*, págs. 274 y 275.

<sup>138</sup> STS de 6 de abril 1.954 (RJ 1954, 1551); 23 de marzo de 1.956 (RJ 1956, 2406); 3 de julio 1.963 (RJ 1963, 3732) y 19 de noviembre 1.964 (RJ 1964, 5108).

<sup>139</sup> RJ 1974, 4677.

<sup>140</sup> RJ 2004, 7808.

*múltiple y cronológicamente sucesivo mientras que la indisponibilidad en perjuicio del sustituto sería un elemento natural del que el testador puede dispensar”.*

En cuanto al primero de los requisitos esenciales, el de la doble disposición, supone la existencia en la institución testamentaria de un doble llamamiento a favor de distintas personas respecto de la misma masa de bienes, personas que son llamadas a disfrutar de los mismos bienes el uno después del otro por orden de su llamamiento, pero siendo ambos sucesores del causante. Y es, precisamente, esta dualidad de herederos, lo que diferencia, por un lado, la sustitución fideicomisaria del fideicomiso romano, donde sólo hay un heredero, ya que el fiduciario aparece como mandatario o ejecutor testamentario, por lo que no es heredero; y, por otro lado, la sustitución fideicomisaria de la sustitución vulgar, donde, al igual que sucedía en el fideicomiso romano, únicamente existe un único heredero, ya que el llamado en segundo o ulterior término sólo será heredero si no llega a serlo el llamado en primer lugar. De ahí que en la sucesión vulgar hay un único heredero, al que pasará la herencia directamente desde el testador, mientras que en la sustitución fideicomisaria heredarán tanto el fiduciario, en primer término, como el fideicomisario, una vez se alcance el término o se cumpla la condición fijada por el testador.

En cuanto al segundo de los requisitos reconocidos como esenciales para la constitución de la sustitución fideicomisaria, es decir, el orden sucesivo para la adquisición de la herencia, debemos exponer que los dos herederos no lo son al mismo tiempo, sino de forma sucesiva, ya que primero hereda el fiduciario y después el fideicomisario, o dicho de otra forma, heredarán los unos después de los otros. Para ciertos autores, como ROCA SASTRE<sup>141</sup> o VALLET DE GOYTISOLO<sup>142</sup>, entre otros, es ésta la nota característica y típica de la sustitución fideicomisaria.

En relación con el requisito natural de la obligación de conservar y restituir los bienes objeto de la herencia, el mismo se desprende literalmente del C.c., concretamente, del contenido de sus artículos 785.1 (donde se exige para que la sustitución fideicomisaria sea válida que se le dé dicho nombre expresamente, o bien, que se le imponga al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes); 781 (en el cual se encarga al

---

<sup>141</sup> ROCA SASTRE, *El fideicomiso...*, cit., pág. 29.

<sup>142</sup> VALLET DE GOYTISOLO, “Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula ‘si sine liberis decesserit’ en el Derecho histórico de Castilla y en el Código Civil”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1.956, pág. 826.

heredero que conserve y transmita a un tercero todo o parte de la herencia); y el 783.2 en cuya virtud “*el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo que el testador haya dispuesto otra cosa*”.

Esta tercera característica o requisito de las sustituciones fideicomisarias volvemos a reiterar que no tiene la naturaleza de esencial para la doctrina española (que es nuestra literatura jurídica, tal y como la define PUIG BRUTAU<sup>143</sup>), por lo que el testador podrá dispensar de ella<sup>144</sup>.

El propio mecanismo de la sustitución fideicomisaria con sus dos requisitos esenciales y el natural, supone una vinculación temporal de los bienes fideicomitidos, ya que el fiduciario (a excepción de los supuestos de residuo) tiene prohibido disponer de los bienes, quedando con ello apartados del flujo normal de transmisiones, lo cual supuso desde siempre, que se mirase con recelos la institución, siendo prueba de ello las determinadas formalidades que exige para su ordenación el artículo 785.1 del C.c.; o el principio *in dubio contra fideicommissum*, mediante el cual, en caso de duda de si nos encontramos ante una sustitución vulgar o una sustitución fideicomisaria, debe prevalecer la vulgar por suponer un efecto más débil, tal y como establece nuestro Tribunal Supremo en sus Sentencias de 8 de julio y 18 de octubre de 1.929, entre otras; o, por último, el contenido del artículo 781.1 del C.c., que recoge que, para que los llamamientos a las sustituciones fideicomisarias sean válidos, deberán ser expresos, por lo que no serán supuestos de sustitución fideicomisaria los llamamientos conjeturales ni los simples ruegos o encargos del testador de que el instituido transmita o entregue bienes a otros herederos.

#### **IV.- LÍMITES DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA**

Fue preocupación fundamental de los autores del C.c., tal y como afirma OSSORIO MORALES<sup>145</sup>, la de restringir las sustituciones fideicomisarias con objeto de evitar que

---

<sup>143</sup> PUIG BRUTAU, *Op. cit.*, pág. 570.

<sup>144</sup> O lo que es lo mismo, el testador podrá permitir al fiduciario disponer libremente de los bienes fideicomitidos e incluso dispensarlo de tener que restituir los bienes al fideicomisario, estableciendo entonces otro tipo de sustitución fideicomisaria llamada “de residuo”, y en cuyo estudio detallado nos centraremos más adelante.

<sup>145</sup> OSSORIO MORALES, *Op. cit.*, pág. 287.

mediante este tipo de disposiciones pudieran los bienes quedar indefinidamente sustraídos a la libre circulación y comercio, degenerando en vinculaciones y fomentando el restablecimiento de las *manos muertas*.

Así, para evitar la perpetuidad de las sustituciones fideicomisarias, y teniendo como precedentes las ya referidas Ley desvinculadora de 11 de octubre de 1.820 (que suprimió los fideicomisos perpetuos) y Real Orden de 24 de febrero de 1.818 (que redujo los fideicomisos temporales a la segunda generación), el artículo 781 del C.c. expone que “*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*”, mientras que el artículo 785.2º recoge que “*no surtirán efecto las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aun la temporal, fuera del límite señalado en el artículo 781*”.

Del contenido del artículo 781 del C.c. se desprenden claramente dos posibilidades diferentes de llamamientos, que pasamos a examinar a continuación.

#### **4.1.- Llamamiento de fideicomisarios sucesivos a favor de personas que vivan al tiempo de fallecer el testador**

Serán válidas todas las sustituciones fideicomisarias, sin limitación alguna, siempre y cuando todos los llamados vivan al momento de morir el causante.

Únicamente se hace referencia para que el llamamiento sea válido a que los llamados “*vivan*” al morir el causante, si bien es unánime la doctrina al entender que también serán válidos los llamamientos aun cuando no habiendo nacido el llamado, éste se encuentre ya concebido, acudiendo nuestros autores<sup>146</sup> para llegar a tal conclusión al artículo 29 del C.c., donde se establece que “*el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que le exige el artículo 30*”.

En cuanto al número de personas vivas al momento de la muerte del testador que puedan ser llamados a la herencia no hay duda: todas las que el causante desee.

---

<sup>146</sup> Entre otros, ALBALADEJO, *Comentario...*, cit., pág. 1.929; GALICIA AIZPURUA, *Comentarios al...*, cit., pág. 5.724; VÁZQUEZ URUZUBIETA, *Op. cit.*, pág. 656.

Tal y como exponen DÍEZ-PICAZO y GULLÓN<sup>147</sup>, los llamamientos sucesivos a favor de personas que viven al tiempo del fallecimiento del testador no presentan ninguna dificultad, porque la simultaneidad de sus vidas significa que la vinculación de los bienes afectados por la sustitución no va a prolongarse demasiado en el tiempo.

De ahí que la opinión de la doctrina<sup>148</sup> sea pacífica al respecto: no existe límite alguno por parte del testador a la hora de nombrar posibles fideicomisarios, siempre y cuando éstos vivan al fallecimiento del causante.

Dentro de este primer punto, y antes de centrarnos en el estudio de qué se entiende por *segundo grado* dentro del artículo 781 del C.c., consideramos importante dejar expuesto que no sólo podrá llamarse a la herencia del testador un número ilimitado de fideicomisarios que vivan al tiempo de fallecer éste, sino que al mismo tiempo, el causante podrá establecer las dos sustituciones sucesivas a favor de personas que aún no vivan a su fallecimiento, tal y como le permite el artículo 781 del C.c.

O dicho con palabras de LACRUZ BERDEJO<sup>149</sup>, *“podrán ser llamados como sustitutos fideicomisarios no sólo tantas personas vivientes a la apertura de la presunción como se desee, sino además, hasta dos, además, no vivientes entonces, aunque obviamente cada una debe vivir al abrirse la postsucesión sobre ella”*.

Este planteamiento es apoyado por la mayoría de nuestros autores<sup>150</sup>, si bien entendemos interesante recoger el pensamiento al respecto de DÍAZ ALABART<sup>151</sup> por su claridad, cuando expone: *“creo que no hay alternativa, sino que tiene el causante la posibilidad de: 1º. Nombrar, de entre las personas que vivan a su muerte, tantos fideicomisarios como quiera; 2º. O de nombrarlos sólo de entre los que entonces todavía no vivan, y en cuyo caso no cabrán sino dos sustituciones; 3º. O de nombrar conjuntamente todos los que desee de entre los que vivan para entonces, además, establecer hasta otras dos sustituciones a favor de quienes aún no vivan en aquel momento. Que lo que digo es así, es opinión común de la doctrina, que los autores acogen tácitamente, por lo general”*.

---

<sup>147</sup> DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Op. cit.*, pág. 98.

<sup>148</sup> Entre otros, OSSORIO MORALES, *Op. cit.*, págs. 289 y 290; ROCA SASTRE, *El fideicomiso...*, cit., pág. 80; LASARTE, *Op. cit.*, pág. 128 y DÍAZ ALABART, *Comentarios...*, cit., pág. 280.

<sup>149</sup> LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., pág. 274.

<sup>150</sup> Así, entre otros, ROCA SASTRE, *Estudios...*, cit., pág. 36.

<sup>151</sup> DÍAZ ALABART, *Comentarios...*, cit., pág. 282.

Llegados este momento del trabajo, consideramos necesario dejar expuesto que a lo largo del mismo haremos continuas comparaciones entre la regulación de la sustitución fideicomisaria de nuestro Derecho Común, verdadero objeto de nuestro trabajo, y la figura existente en alguno de nuestro Derechos Forales, si bien, desde ya anunciamos que el tratamiento dado por nuestra parte a las sustituciones fideicomisarias forales no es todo lo amplio que debiera ser, puesto que el estudio de las figuras forales en profundidad excede del objeto del presente trabajo, mereciéndose el mismo la elaboración de uno independiente.

Dicho esto, en algunos Derechos Forales sí se contempla expresamente la validez de los llamamientos efectuados a favor de concebidos, tal y como sucede, por ejemplo, con la Ley 224.2º de la Compilación Navarra<sup>152</sup>, en la cual se establece que “*no existirá limitación de número en los llamamientos de fideicomisarios sucesivos a favor de personas que vivan o al menos estén concebidos...*”; o en los mismos términos, en el artículo 426-10 del Código Civil Catalán<sup>153</sup>, que expresa que “*el fideicomitente puede llamar sucesivamente al fideicomiso al número de fideicomisarios que quiera, siempre que se trate de personas vivas en el momento de su muerte. La eficacia de estos llamamientos excluye la de los llamamientos ulteriores a fideicomisarios no nacidos ni concebidos en el momento de la muerte del fideicomitente*”.

#### **4.2.- Llamamiento a favor de personas que no vivan al momento del fallecimiento del testador**

En cuanto al llamamiento de personas que no viven al fallecer el testador, argumenta nuestro C.c., siempre en su artículo 781, que serán válidas y surtirán efectos las sustituciones fideicomisarias “*siempre que no pasen del segundo grado*”.

Es precisamente a la hora de interpretar qué se entiende por la expresión legal “*segundo grado*” donde se suscita el problema, ya que la opinión de la doctrina y de la

---

<sup>152</sup> Ubicada en el Libro II: “*De las Donaciones y sucesiones*”; Título VIII: “*De las sustituciones*”; Capítulo III: “*De las sustituciones fideicomisarias*”; Leyes 224 a 238.

<sup>153</sup> El Libro IV del Código Civil de Cataluña, aprobado por la Ley 10/2008, de 10 de julio, introduce cambios significativos con relación a la regulación anterior contenida en el Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña en materia de fideicomisos. El Libro IV tiene la expresa intención de simplificar la normativa existente muy abundante y compleja, y adaptarla a la realidad social. Para ello, el número de los artículos dedicados a los fideicomisos, que eran casi una quinta parte de las disposiciones del Código de sucesiones, se ha reducido significativamente.

jurisprudencia al respecto, tal y como expondremos a continuación, ha ido fluctuando a lo largo del tiempo.

#### **4.2.1.- Teoría del segundo grado como segunda generación**

Ordenando las corrientes doctrinales por orden cronológico, debemos exponer que, tras la publicación del Código, existe una primera corriente de autores que interpretan la palabra *grado* como *generación*. Los motivos en los que se basan para llegar a tal conclusión son los siguientes:

a.- La Base 16<sup>a</sup> de del Proyecto de Ley de Bases del C.c. de 11 de mayo de 1.888<sup>154</sup>, es decir, tan sólo un año antes de la publicación definitiva del C.c. Esta Base fijó en su párrafo primero, que *“las sustituciones fideicomisarias no pasarán ni aún en línea directa de la segunda generación, a no ser que se hagan en favor de personas que todas vivan al tiempo del fallecimiento del testador”*.

Lo cierto es que parece una razón de peso para interpretar de la misma forma los términos *grado* y *generación* el hecho de que el Proyecto de C.c., un año antes a la publicación del definitivo Código, regulase en su Base 16<sup>a</sup> un contenido casi idéntico al artículo 781 actual, con la única diferencia de que hablaba de *“segunda generación”* en vez de hablar de *“segundo grado”*, ya que coincidía incluso en la posibilidad de los llamamiento ilimitados a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador.

b.- El contenido del artículo 915 del C.c., el cual recoge que *“la proximidad del parentesco se determina por el número de generaciones. Cada generación forma un grado”*. Por tanto, es un hecho irrefutable que, para el C.c., cada generación supone un grado y más aún si tenemos en cuenta (que no lo suelen hacer los autores que forman esta corriente doctrinal) que, a continuación, el artículo 919 del C.c. expone: *“el cómputo de que trata el artículo anterior rige en todas las materias”*.

c.- La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1.905, la cual, aun sin abordar expresamente la interpretación de la referida expresión legal, afirmó incidentalmente que, a los efectos de la sustitución fideicomisaria, el nieto se halla en segundo grado

---

<sup>154</sup> Basándose, como expusimos en el Capítulo anterior, en la Base A) de la Ley de Bases de 1.882.

respecto del testador, con lo cual parecía inclinarse a identificar la palabra grado con generación.

Autores que se encuadrasen en esta corriente doctrinal podemos destacar a MANRESA<sup>155</sup>, que entendía que *“no existe razón de peso para quitar a la palabra grado su más apropiada significación en el lenguaje jurídico. Grado, en materia sucesoria, equivale a generación. La Base 16 de la ley 11 de mayo de 1.888 establecía que las sustituciones fideicomisarias no podrían pasar, ni aun en línea directa, de la segunda generación. Ninguna interpretación podrá encontrarse más autorizada que la misma Base a que quiso ajustarse el artículo cuando se redactó”*.

En la misma posición que MANRESA (la de argumentar un extremo y ser contradicho en su propia obra una vez que ésta es revisada y puesta al día por otro autor) se encuentra LACRUZ BERDEJO<sup>156</sup>, el cual afirma, en un principio, que *“la palabra grado significa aquí generación, y el sentido del precepto es el de permitir el llamamiento de las personas que viven al tiempo de morir el testador y fideicomitente, y de dos generaciones más de personas que no viven todavía”*; para más tarde recoger<sup>157</sup> en otra de sus obras que *“la jurisprudencia más moderna y buena parte de la doctrina, fundados en que referir grado a parentesco lleva la consecuencia de encerrar dentro del marco familiar la aplicación de estos preceptos y la del propio artículo 781, haciéndola casi ilusoria; en los antecedentes de las Partidas y las leyes de Toro y en el artículo 629 del proyecto de 1.851, deciden qué grado equivale a llamamiento”*.

SÁNCHEZ ROMÁN<sup>158</sup>, por su parte, considera que *“el Código expresamente dice en el art. 915 lo que entiende por grado; y claro es que al emplear esta palabra hay que*

---

<sup>155</sup> MANRESA, *Op. cit.*, pág. 270. Eso sí, respecto a este autor, hemos de exponer que la puesta al día de su obra por parte de otros autores, como OGÁYAR y MARTÍNEZ CALCERRADA, supuso, aun respetando en la opinión que acabamos de exponer del propio MANRESA, una contradicción de argumentos, ya que, si tras recoger el autor principal qué *grado* equivale a *generación*, concluye el párrafo dedicado a los límites de la eficacia de la sustitución fideicomisaria de la siguiente forma: “Como se ve, están los autores divididos respecto a la significación de la palabra *grado* en las sustituciones fideicomisarias, sin que la jurisprudencia se hubiese pronunciado de una manera categórica en cuestión tan importante, pues de dicho significado depende el fijar los límites de validez de dichas sustituciones. Pero la sentencia de 23 de junio de 1.940 aborda resueltamente esta cuestión, y sienta el criterio de que *grado* significa *llamamiento*. (...) Con arreglo a esta sentencia, que es una de las más importantes dictadas en 1.940, la palabra *grado* significa *llamamiento*, con cuya doctrina ha puesto fin el Tribunal Supremo a las divergencias de criterio que sobre este punto existían”.

<sup>156</sup> LACRUZ BERDEJO, *Manual de Derecho Civil, Segunda Edición*, Editorial Bosch, Barcelona, 1.994, pág. 790.

<sup>157</sup> LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil, V, Sucesiones*, Segunda Edición, Revisada y puesta al día por Rams Albesa, Editorial Dykinson, Madrid, 2.004, pág. 274.

<sup>158</sup> SÁNCHEZ ROMÁN, *Op. cit.*, pág. 695.

*suponer que lo hace con la misma significación que él le ha concedido. Cada generación forma un grado, dice en el citado art. 915, de manera que segundo grado es igual a segunda generación. Y a mayor abundamiento tenemos la Base 16ª, donde se dice que (...), y el artículo 781, según se ha dicho, es consecuencia y reproducción de lo que establece esa Base 16ª, aunque cambiara la palabra generación por la palabra grado, por una similitud no muy aceptable, pero tampoco peligrosa, puesto que ya se declara en el mismo Código la igualdad que para el legislador ofrecen esos dos términos.*

*Se puede sustituir fideicomisariamente (continúa exponiendo el autor), por tanto, hasta la segunda generación, o a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador (...)*”.

El último de los autores de esta corriente doctrinal que traemos a colación es LANZAS GALVACHE<sup>159</sup>, el cual, tras realizar un estudio pormenorizado de la cuestión del segundo grado y su interpretación, llega a la siguiente conclusión: *“que ‘grado’ es ‘grado de parentesco’ y que, por tanto, cada ‘grado’ es una generación, no nos ofrece la menor duda. El artículo 915 del Código civil no deja el menor margen para ella. Cada grado es una generación. (...) Cuando el artículo 781 habla de “grado” no quiere decir sino eso: “grado” ¿Cómo confundir grado con llamamiento? ¿Acaso el Código no utiliza, en cambio, correctamente la palabra llamamiento en el artículo 786?”*.

#### **4.2.2.- Teoría del segundo grado como segundo llamamiento o segunda sustitución**

Frente a la teoría de equiparar el término *grado* con el de *generación*, nace la corriente doctrinal y jurisprudencial que sienta el criterio de que por *grado* ha de entenderse *llamamiento*.

Esta corriente se produce justo a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1.940<sup>160</sup>, ya que fue ésta la primera en abordar de frente la cuestión, resolviendo, tras una justificación con base histórica, lingüística y jurídica, que la

---

<sup>159</sup> LANZAS GALVACHE y SELVA SÁNCHEZ, “Sustituciones Fideicomisarias. Aproximación a dos problemas”, en *Homenaje a Juan Vallet de Goytisolo*, Volumen II, Imprenta San José, Madrid, 1.988, pág. 776.

<sup>160</sup> RJ 1940, 530.

palabra *grado* significa *llamamiento*, poniendo fin en lo sucesivo a las divergencias de criterio existentes en el Tribunal Supremo hasta ese momento.

En la decisiva Sentencia de 1.940 se recogen los argumentos que la jurisprudencia<sup>161</sup> (aunque escasa) del Tribunal Supremo usará con posterioridad para decantarse siempre por la equiparación del término *grado* con el de *llamamiento*.

Establece la Sentencia como argumentos fundamentales para decantarse por el término *llamamiento* en vez del de *generación* como sinónimo de *grado*, que *“la tradición jurídica viene dando a la palabra “grado” el sentido invariable de sustitución o llamamiento, como lo acredita en el Derecho romano, creador y definidor de las sustituciones, la Instituta; no menos que el Digesto, y la Ley primera del Título quinto de la Partida sexta; Libro 45 de las de Toro, y el art. 29 del Proyecto de 1.851, así como las disposiciones testamentarias en que se ordenaban sustituciones, principalmente en Cataluña donde (...); y como el referir “grado” a “parentesco” lleva la consecuencia de encerrar dentro del marco familiar la aplicación del artículo 781, haciéndola casi ilusoria, lo cual es inadmisibles por absurdo, se impone adoptar la norma de hermenéutica que aconseja atender a la conexión de las diversas partes de la Ley, entendiéndola que son grados de sustitución”*.

Más recientemente, y en los mismo términos que la Sentencia de 23 de junio de 1.940, se pronuncia la Sentencia de 22 de noviembre de 2.010<sup>162</sup>: *“la problemática jurídica se ha planteado siempre en relación con la interpretación de la palabra “grado” y la jurisprudencia ha entendido que dicho artículo admite llamamientos sucesivos a personas vivas y dos más a personas que no vivan al tiempo de abrirse la sucesión. La importante sentencia de esta Sala de 23 junio 1940 interpretó el Art. 781 CC en los siguientes términos: “Que la tradición jurídica viene dando a la palabra «grado» el sentido invariable de sustitución o llamamiento, como lo acredita en el Derecho romano (...). Así la jurisprudencia ha interpretado la expresión “grado” en el sentido de llamamiento efectivo de fideicomisarios, es decir transmisión, de modo que caben dos transmisiones sin contar con la del fiduciario inicial”*.

---

<sup>161</sup> Los mismos argumentos se recogen en las STS de 6 de marzo de 1.944(RJ 1944, 303); 28 de febrero de 1.949 (RJ 1949, 1240); 4 de noviembre de 1.975 (RJ 1975, 3829) y 31 de enero de 1.980 (RJ 1980, 176).

<sup>162</sup> RJ 2010, 7983.

Y no sólo la jurisprudencia, sino también la doctrina, tanto la clásica como la más reciente, pasó a entender el término *grado* como *llamamiento*.

Así por ejemplo, MAURA<sup>163</sup>, años después de la referida Sentencia, explica: “¿Qué se debe entender por segundo grado? Con toda certeza se puede afirmar que no significa grado de parentesco. Las razones son concluyentes y numerosas. Primera: Como las sustituciones fideicomisarias se hacen indistintamente a favor de parientes o de extraños, es absurdo arrancarle al Legislador la incongruencia de ponerse a limitarlas en razón de grado de parentesco. Segunda: La locución “segundo grado” en caso de que aludiese al parentesco, carecería enteramente de significación, porque, según el artículo 915, siendo el parentesco, cual es, cierta conexión personal, y denotando el grado, cual denota, proximidad o lejanía, carece de significado y hasta se hace ininteligible, no refiriéndolo a determinada persona. El artículo 781 no la determina. No refiere el grado al testador, ni al fiduciario, ni al primer sustituto, ni a nadie. Tercera: Aunque se hubiese subsanado al redactarlo este defecto esencial, no serviría al indudable propósito de tasar las sustituciones válidas señalas grados de parentesco, porque dentro de cualquiera señalamiento resultaría indeterminado el número de los sustitutos; número que en algunas familias pudiera ser crecidísimo. Cuarta: Como quiera que el artículo 781, que no pudiera distinguir entre parientes y extraños, todavía menos hace distinción entre descendientes y colaterales, si al decir grado aludiese a parentesco, tendría la voz dos significados de extravagante diversidad, según que fuese una u otra la línea a la cual se aplicase. Quinta: Dice literalmente el artículo 787: “si (el testador) llamare al usufructo a varias personas, se estará a lo dispuesto en el artículo 781”, demostración auténtica y decisiva de que los grados que éste fija consisten en personas nombradas como sustitutas, con entera abstracción del parentesco; el cual ni hace al caso para el designio del Legislador, ni tampoco, según el léxico oficial, se conexiona con muchas de las acepciones idiomáticas de la palabra *grado*”.

En términos casi idénticos (basados igualmente en la línea marcada por la Sentencia de 1.940), OSSORIO MORALES<sup>164</sup>, tras exponer que algunos autores equiparan el término *llamamiento* al de *generación*, indica: “*pero semejante interpretación, que conduciría a*

---

<sup>163</sup> MAURA, *Dictámenes*, Tomo III, Testamentos y Sustitución, Editorial Bosch, Barcelona, 1.955, pág. 420.

<sup>164</sup> OSSORIO MORALES, *Op. cit.*, pág.288.

*restringir las sustituciones fideicomisarias al ámbito familiar –restricción que carece de apoyos en la sistemática del Código –, se encuentra hoy totalmente abandonada, entendiéndose unánimemente que al decir el artículo 781 que la sustitución fideicomisaria no puede pasar del segundo grado lo que significa es que no puede pasar del segundo llamamiento o sustitución. Este es el sentido invariable que la tradición histórica viene dando a la palabra grado, tanto en el Derecho romano como en nuestro Derecho histórico (Partidas y Leyes de Toro), y el que responde a la finalidad del precepto, que no es otra que la de tasar las sustituciones válidas, lo cual no se conseguirá si la palabra grado se refiere a grado de parentesco puesto que así resultaría indeterminado el número de los sustitutos; número que en algunas familias podría ser crecidísimo”.*

DE DIEGO<sup>165</sup>, en su Dictamen 16º, considera al respecto que *“desde luego, no es presumible que adoptase la palabra grado en el sentido de grado de parentesco, porque las sustituciones pueden hacerse lo mismo entre parientes que entre extraños. El parentesco revela siempre conexión o vínculo que enlaza a varias personas que proceden una de otra o proceden de un tronco común, y esto se halla ausente de la sustitución del art. 781. No se trata, ni puede tratarse, de grados de parentesco, ni por ende, la doctrina de éstos puede aplicarse al caso”.*

ALBALADEJO<sup>166</sup>, por su parte, equipara la expresión *“segundo grado”* a dos transmisiones, lo que es lo mismo que llamamientos o sustituciones. Así, expresa: *“mas la ley, que está contra estas vinculaciones, establece que la sustitución fideicomisaria sólo puede disponerse a favor de personas (sin tope de número) que vivan al fallecimiento del fideicomitente (entonces la herencia lo más que puede quedar vinculada es lo que dure la vida del que alcance más edad), en cuyo caso no hay límites a las transmisiones, o incluso pueden haber sido ordenadas todavía dos transmisiones más a favor de personas que aún no vivan entonces (781). Es decir, se permiten dos transmisiones más, o usando la terminología de la ley, dos grados”.*

Los autores DÍEZ-PICAZO y GULLÓN<sup>167</sup>, los cuales son seguidos en idénticos términos por DOMINGO AZNAR<sup>168</sup>, esgrimen, en relación a la citada expresión, que

---

<sup>165</sup> DE DIEGO, *Dictámenes Jurídicos*, Tomo III, Editorial Bosch, Barcelona, 1.958, págs. 233 y 234.

<sup>166</sup> ALBALADEJO, *Curso...*, cit., pág. 273.

<sup>167</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Op. cit.*, págs. 98 y 99.

<sup>168</sup> DOMINGO AZNAR, *Op. cit.*, págs. 65, 66 y 67.

*“interpretar la como sinónimo de ‘generación’, ya que cada generación forma un grado según el artículo 915, equivaldría a circunscribir al ámbito familiar la llamada a personas que no viven al fallecer el testador. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado con reiteración que ‘grado’ ha de entenderse como ‘llamamiento’ o ‘segunda sustitución’, que no se han de limitar al ámbito familiar. Por tanto, que las sustituciones fideicomisarias no pasen del segundo grado es equivalente a que no son admisibles más que dos llamamientos sucesivos a favor de personas que no viven al abrirse la sucesión del causante”.*

Una vez expuesto lo anterior, los propios autores en su nota al pie número 1 se contradicen al argumentar que mediante el artículo 781 de nuestro C.c., el legislador de la época codificadora se habría propuesto seguir el artículo 638 del Proyecto de 1.851, a través del cual la sustitución fideicomisaria únicamente tendría validez hasta el nieto del testador. Y en ese sentido, recogen que *“esta interpretación puede encontrar fundamento en el artículo 786 del propio C.c., que dice: <<la nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudicará a la validez de la institución ni a los herederos del primer llamamiento>>. Si <<segundo grado>> fuera igual a dos llamamientos, ¿cómo es que el segundo es nulo? No tiene explicación si no se entiende el artículo 781 como seguidor del 638 del Proyecto de 1.851. En este último no había más que una institución (la del hijo) y único llamamiento posterior (la de sus hijos, nietos del testador). Por eso, otros llamamientos serían nulos. De ahí que el actual artículo 786 tendría como presupuesto el que grado es sinónimo de generación y que el segundo grado se encuentra respecto al testador”.*

CASTÁN igualmente parece inclinarse por otorgarle al término *grado* el significado de *llamamiento* basándose, para ello, en la jurisprudencia al respecto, ya que finalizaba el epígrafe correspondiente, tras exponer el pensamiento del resto de autores, de la siguiente forma: *“la sentencia de 6 de junio de 1.905 parece aceptar incidentalmente esta interpretación (refiriéndose a la de segunda generación), al decir que, a los efectos de la sustitución fideicomisaria, el nieto se halla en el segundo grado respecto al testador. Mas la de 23 de junio de 1.940 interpreta decididamente y con gran lujo de razones el artículo 781, en el sentido de que grado significa sustitución o llamamiento, rechazando la afirmación que hacían los recurrentes de que se trata de grados de parentesco”.*

La complejidad del tema se aprecia en que, aún hoy en día, la doctrina más reciente sigue sin ser del todo pacífica al respecto, tal y como demuestra LASARTE<sup>169</sup>, quien se posiciona en la corriente de autores que consideraba que *segundo grado* significa *segunda generación*, al considerar que “los autores coetáneos a la publicación del Código civil interpretaban el segundo grado referido a grados de parentesco, probablemente con gran acierto (...). La doctrina posterior y a nosotros contemporánea, sin embargo (...) ha acabado por imponer otra aplicación del tema: el término grado no ha de entenderse referido a generaciones, sino al número de llamamientos de los fideicomisarios (...). Aunque naturalmente no podemos extendernos en la materia, a nuestro juicio, el resultado al que llega la doctrina mayoritaria y la (escasa) jurisprudencia dictada sobre el particular, altera sin duda el planteamiento y la ratio legis de nuestros codificadores, que efectivamente pretendieron reducir el juego de las sustituciones fideicomisarias, si no a márgenes ilusorios, sí al menos a márgenes más estrictos, temporalmente hablando, de los que en términos reales, actualmente se preconizan”.

Por nuestra parte, consideramos cuanto menos interesante traer a colación en este punto que mediante la nueva modalidad de sustitución fideicomisaria introducida por la Ley 41/2003, se modifica el artículo 782 de nuestro C.c. en el sentido de incluir como única causa para gravar la legítima la posibilidad de que se “grave la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el art. 808 C.c.”.

Es decir, que la primera vez que el legislador modifica el C.c. respecto a la sustitución fideicomisaria desde 1.889 lo hace para fijar al ámbito familiar (hijos o descendientes) una nueva modalidad de la institución. ¿Habrà de entenderse este hecho como un acercamiento a la postura de los autores que defendían la equiparación entre grado y parentesco o generación, frente a los que equiparaban grado y llamamiento?

La respuesta ha de ser negativa, ya que la modificación en el C.c. de la que hablamos se produjo en 2.003, mientras que 7 años más tarde, la anteriormente referida Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2.010, sigue equiparando el término *segundo grado* del artículo 781 del C.c. con el de *segundo llamamiento*, disipando cualquier atisbo de duda que pudiese originarse al respecto.

---

<sup>169</sup> LASARTE, *Op. cit.*, pág. 129.

Exponiendo ya nuestro pensamiento final al respecto, entendemos que el artículo 781 del C.c. al referirse a *segundo grado* hace referencia a *segundo llamamiento* o *segunda sustitución*, ya que hoy en día no puede interpretarse de otra forma por ser la opinión doctrinal mayoritaria, pero sobre todo, y lo que es más importante, por ser la posición jurisprudencial más reciente y difundida.

#### **4.2.3.- Teoría del segundo grado como grado de parentesco en los fideicomisos familiares, y llamamiento, en los no familiares**

El presente razonamiento más que una corriente doctrinal, aunque es recogido, que no apoyado, por varios autores, es el pensamiento al respecto de ROCA SASTRE<sup>170</sup>, el cual argumenta lo siguiente: *“las sentencias de 23 de junio de 1.940 y de 6 de marzo de 1.994, en contra de la de 6 de junio de 1.905, tienen declarado que la palabra <<grado>> hay que entenderla en el sentido de <<llamamiento>> y no de <<generación>>. No deseamos explanarnos en esta cuestión, pero no es posible dejar de pronunciarnos en contra de dicho criterio de estimar que la palabra <<grado>> significa siempre <<llamamiento>>. Nos fundamos para ello no sólo en que la Base 16ª de la Ley de Bases del Código civil de 11 de mayo de 1.888 adoptó la palabra <<generación>>, al igual que lo hizo aquella Real Cédula de 1.818 de que hablamos antes, sino en que el tipo de fideicomiso cuya limitación por sus peligros obsesionaba al legislador, era el fideicomiso cum liberis, o sea el de generación en generación, o de grado en grado, en sentido vertical o línea recta descendente, que es el tipo que había dado lugar a los antiguos mayorazgos. Seguramente el Código civil no pensó siquiera en los fideicomisos sine liberis, y mucho menos en los constituidos a favor de extraños, que son poco frecuentes”*.

De acuerdo con todo esto, añade el citado autor que *“la fórmula más procedente sería distinguir entre fideicomisos familiares y fideicomisos no familiares, o sea entre extraños, y a base de esta clasificación estimar que en los fideicomisos familiares se trata de grados en sentido de generaciones, y en los no familiares se trata de llamamientos”*.

---

<sup>170</sup> ROCA SASTRE, *El fideicomiso...*, cit., pág. 80.

Apoyando la presente teoría no hemos encontrado ningún autor. Alguno<sup>171</sup> recoge dicho pensamiento pero sin llegar a adoptarlo, y otros, en cambio, directamente se posicionan en su contra, como LANZAS GALVACHE<sup>172</sup>, quien manifiesta: *“se basa esta opinión de Roca en una doble acepción de la palabra grado que ni la literalidad del precepto ni su espíritu nos permiten aceptar. Se trata de un malabarismo de Roca Sastre queriendo ver una ambivalencia que ni expresa ni tácitamente refleja o se desprende del Artículo 781. Por ello y porque no nos parece afortunada, por poco seria y rigurosa, es por lo que la rechazamos de plano”*.

En el mismo sentido, DÍAZ ALABART<sup>173</sup> razona, tras exponer el punto de vista del referido autor: *“Sin embargo, yo no veo cómo podría ser correcto dar al mismo precepto diverso sentido, según los casos”*.

DE COSSÍO<sup>174</sup> por su parte, tras explicar la teoría a la que venimos haciendo alusión, concluye: *“esta posición, en principio, parece inaceptable, ya que el Código civil en ninguno de sus preceptos autoriza al intérprete a servirse de esta diversificación de la sustitución fideicomisaria, distinguiendo entre sustitución fideicomisaria familiar y sustitución fideicomisaria entre extraños. A mayor abundamiento en el artículo 781 y concordantes de nuestro primer Cuerpo legal, se exige el requisito sine qua non del segundo grado y ello lo refiere a todas las sustituciones fideicomisarias en general”*.

A diferencia de estos autores, por nuestra parte, consideramos que no sería tan desacertada esta teoría cuando dicho criterio es el recogido recientemente por el Código Civil Catalán, que dedica su artículo 426-10.3º al fideicomiso familiar, al exponer que *“en los fideicomisos familiares, o sea, los fideicomisos en que los fideicomisarios son descendientes, hermanos o sobrinos del fideicomitente, este, además de hacer uso de la facultad que le reconoce el apartado 1 y, alternativamente, de la que le reconoce el apartado 2, puede llamar sucesivamente al fideicomiso a personas que no pasen de la segunda generación, sin limitación en el número de llamamientos. Se entiende por primera generación la de los hijos o sobrinos del fideicomitente”*; mientras que en el artículo 426-20 regula el fideicomiso no familiar, al contemplar: *“el fideicomitente*

---

<sup>171</sup> PUIG BRUTAU, *Op. cit.*, págs. 543 y 544; VALLET DE GOYTISOLO, *Fideicomisos ...*, cit., pág. 813, nota 138 y CASTÁN, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo VI, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1.975, pág. 249.

<sup>172</sup> LANZAS GALVACHE, *Op. cit.*, pág. 780.

<sup>173</sup> DÍAZ ALABART, *Comentarios ...*, cit., pág. 285.

<sup>174</sup> DE COSSÍO, *Op. cit.*, pág. 20.

*puede llamar a fideicomisarios que aún no hayan nacido en el momento de su muerte. En este caso, solo puede llegar a ser efectivo un solo llamamiento”.*

Por su parte, el artículo 25 de la Compilación balear también recoge lo siguiente: “*en las sustituciones fideicomisarias familiares solamente tendrán eficacia los llamamientos sucesivos de fideicomisarios a favor de personas que no pasen de la segunda generación, sin limitación de número. En las que no sean familiares, sólo podrán hacerse dos llamamientos. No existirá limitación de número en los llamamientos a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador”.*

Y es que, si el pensamiento de ROCA SASTRE se lleva a cabo tanto en la Compilación balear, como, sobre todo, el Código civil de Cataluña, cuya elaboración técnica en materia de sustituciones según CASTÁN<sup>175</sup>, es merecedora de aplicación general en el Derecho español por ser mucho más completa y acertada que la que recoge el C.c., a nuestro entender no debe considerarse “*poco seria y rigurosa*”<sup>176</sup>, desde el punto de vista jurídico, la solución propuesta por dicho autor.

Llegados a este punto, y reconociendo la importancia de la teoría de ROCA SASTRE, nos planteamos si el término *llamamiento* no engloba ya, cuando sea éste el deseo del testador, el de *generación*. Es decir, consideramos que, una vez que la jurisprudencia y doctrina mayoritaria interpretan que el término *grado* equivale a *llamamiento*, depende, entonces, exclusivamente del testador que alguno de sus *llamamientos* vayan dirigidos a una *generación* completa o no, ya que tanto los fiduciarios como los fideicomisarios pueden ser llamados simultáneamente a heredar.

Por ejemplo: a mi muerte instituyo fiduciarios a mis hijos por partes iguales (una generación), al fallecimiento de todos ellos designo como fideicomisarios a mis nietos por partes iguales (otra generación). Incluso, podría nombrar una tercera generación, como la de mis bisnietos, como segundos fideicomisarios<sup>177</sup>.

Por todo lo anterior no compartimos el pensamiento de ROCA SASTRE, ya que entendemos que no hace falta distinguir entre fideicomisos familiares y fideicomisos no familiares, sino que el hecho de considerar únicamente las posibles sustituciones fideicomisarias como no familiares (entendiendo *grado* como *llamamiento* o

---

<sup>175</sup> CASTÁN, *Op. cit.*, pág. 262.

<sup>176</sup> Como llegó a definirlo LANZAS GALVACHE, tal y como expuesto.

<sup>177</sup> Así lo hace la STS de 31 de enero de 1.980 (RJ 1980, 176).

sustitución) lleva implícita para el testador la posibilidad de transformarlas en sustituciones fideicomisarias familiares cuando sea ésta su voluntad.

#### 4.3.- ¿Desde dónde se ha de computar el grado o llamamiento?

Una vez argumentado que por *segundo grado* únicamente debe entenderse *segundo llamamiento*, hemos de preguntarnos: ¿desde dónde se empieza a contar el primer llamamiento?

Tanto la doctrina<sup>178</sup> (a excepción de TRAVIESAS<sup>179</sup>, quien opina que el fiduciario ocupa un grado y el primer fideicomisario el segundo grado) como la jurisprudencia<sup>180</sup>, han entendido siempre que el primer llamamiento es el que el testador hace a favor del primer fideicomisario, ya que el fiduciario no es un sustituto, sino el instituido como heredero.

Por tanto, partiendo del primer fideicomisario a la hora de contar los dos llamamientos o sustituciones, podríamos encontrarnos con la institución de un fiduciario y el llamamiento posterior de otros dos fideicomisarios<sup>181</sup>.

Al respecto, entiende DE DIEGO<sup>182</sup> que *“toda sustitución requiere una institución primera y fundamental, sin la que la sustitución no tendría sentido; la sustitución comienza y se enfila tras de ella porque es una segunda institución nombrada para los mismos bienes que fueron objeto de la primera; el sustituto se pone en el lugar del instituido como el ulterior sustituto vendrá a colocarse en el mismo sitio de los anteriores en orden. Quiere decir esto que la sustitución comienza después del instituido en primer término y luego del tránsito de los bienes de éste a aquél. Ese tránsito de los bienes determinante de la sustitución es el que fija los grados sucesivos*

---

<sup>178</sup>A los autores cuyos argumentos exponemos a continuación, se le suman, entre otros, ROCA SASTRE, *Estudios...*, cit., pág. 42; CASTÁN, *Op. cit.*, pág.444; O'CALLAGHAN, *Compendio...*, cit., pág. 147; GONZÁLEZ PORRAS, *Op. cit.* pág. 516.

<sup>179</sup>TRAVIESAS, *Op. cit.* pág. 415.

<sup>180</sup> Entre otras, la Sentencia de 8 de mayo de 1.894, que entiende que son válidos los nombramientos de los dos primeros fideicomisarios y nulos los posteriores; o la de 23 de junio de 1.940(RJ 1940, 530), que admite expresamente la opinión antes expuesta aunque con usufructuarios.

<sup>181</sup> Como veremos en otro apartado de este trabajo, en la Compilación Navarra en cambio, según el inciso segundo del punto 2 de la Ley 224, *“Las sustituciones a favor de personas que no existan en ese momento no podrán exceder del cuarto llamamiento...”*. En Navarra se admiten, por tanto, hasta cuatro llamamientos sucesivos, estableciendo, con ello, el doble de llamamientos permitidos que en el Derecho Común.

<sup>182</sup> DE DIEGO, *Op. cit.*, pág. 235.

*de desarrollo y extensión de la misma, y como el artículo 781, con referencia directa y exclusiva a las sustituciones, dice que no han de pasar del segundo grado, es obvio que este segundo grado habrá de coincidir con el segundo tránsito de los bienes a la persona oportunamente llamada en ese lugar, que no puede ser otro sino el llamado en tercer término a la posesión de los bienes”.*

Siempre en la misma línea, OSSORIO MORALES<sup>183</sup> argumenta que *“existe hoy perfecto acuerdo en que para contar los grados permitidos en la sustitución fideicomisaria hay que excluir al primer llamado (o sea al fiduciario), de suerte que puede haber después de él dos sustitutos o fideicomisarios sucesivos”.*

MANRESA<sup>184</sup> por su parte, tras mencionar la teoría de TRAVIESAS, nos cuenta que *“otros autores, por el contrario, suponen que el primer grado se halla en el llamamiento del primer sustituto, y, por consiguiente, puede el testador designar a un heredero con la obligación de conservar los bienes y transmitirlos a un primer sustituto, e imponer las mismas obligaciones a ese sustituto en favor de una segunda persona. Opinión que es aceptada por la mayoría de autores. Consideramos más acertado este último criterio, porque los límites de la sustitución fideicomisaria actúan sólo respecto de los sustitutos. Para evitar las vinculaciones fijó un límite el legislador a la transmisión de los bienes fideicomitidos, y sólo permite que pasen del heredero fiduciario al primer sustituto y de éste al segundo”.*

Los autores DÍEZ-PICAZO y GULLÓN<sup>185</sup> también razonan que *“la llamada al fiduciario no agota ningún llamamiento, porque el art. 781, en esa interpretación, lo que permite son dos sustitutos, y el fiduciario no es más que un instituido, no un sustituto. Sustitutos suyos son los llamados sucesivamente para el momento que tenga que restituir la herencia”.*

Por último, expone LASARTE<sup>186</sup> que *“es perfectamente lícita y posible la designación de dos sustitutos fideicomisarios sucesivamente, pues, además, los dos grados han de empezarse a computar, sin tenerlo en cuenta, a partir del fiduciario”.*

---

<sup>183</sup> OSSORIO MORALES, *Op. cit.*, pág. 289.

<sup>184</sup> MANRESA, *Op. cit.*, págs. 273 y 274.

<sup>185</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Op. cit.*, págs. 98 y 99.

<sup>186</sup> LASARTE, *Op. cit.*, pág. 129.

Llama la atención al respecto, cómo en los Derechos Forales, los límites a los llamamientos son diferentes dependiendo del Derecho Civil al que nos refiramos. Así, mientras que en Baleares y Cataluña coinciden en fijar en las sustituciones fideicomisarias familiares el límite de llamamientos a la segunda generación, no sucede lo mismo, en cambio, cuando se trata de sustituciones fideicomisarias no familiares. En este tipo de sustituciones fideicomisarias, en Baleares sólo podrán hacerse dos llamamientos (dos sustitutos a parte del fiduciario), mientras que en Cataluña, a raíz de la modificación introducida en su ámbito sucesorio mediante la Ley 10/2008, de 10 de julio, se han reducido los posibles llamamientos de dos a uno (un sustituto a parte del fiduciario), es decir, que como el fiduciario ha de existir ya al fallecimiento del testador, en el fideicomiso no familiar catalán, el límite de llamamiento a favor de personas no nacidas al fallecer el testador se fija en una sola persona.

Pero, sin ninguna duda, el Derecho Foral que permite una mayor vinculación de los bienes fideicomitidos al ámbito familiar es el de Navarra, donde se establece, mediante la Ley 224 párrafo 2º de su Fuero, que *“las sustituciones a favor de personas que no existan en ese momento no podrán exceder del cuarto llamamiento; en lo que excedan de ese límite se entenderán por no hechas”*. Es decir, que en el Derecho Civil de Navarra se sigue la tradición romana, en la que, a través del Código de Justiniano, se estableció, precisamente, el límite de cuatro llamamientos para el fideicomiso familiar romano, tal y como expusimos en el capítulo anterior.

#### **4.4.- Nulidad de los llamamientos que traspasen los límites fijados en el artículo 781 C.c.**

En el presente epígrafe nos referimos únicamente a la nulidad de los llamamientos a favor de personas que no vivan al momento de fallecer el causante, ya que como acabamos de exponer a favor de aquellos que vivan los llamamientos podrán ser ilimitados.

Establece el artículo 781 del C.c. que *“las sustituciones fideicomisarias...serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado...”*.

Nuestra doctrina científica ha venido manteniendo siempre la misma interpretación al respecto, es decir, considerar que los llamamientos del sustituto que excedan los límites

establecidos en el art. 781 C.c. son nulos, si bien dicha nulidad no comporta la de los llamamientos permitidos (fiduciario, primer fideicomisario y segundo fideicomisario), al no perjudicar la validez de la institución.

En la misma línea se venía expresando nuestro Tribunal Supremo<sup>187</sup> hasta que se dictó la conflictiva Sentencia de 29 de octubre de 1.949<sup>188</sup>, que establece: *“tampoco es de estimar el motivo segundo, fundado en la errónea interpretación del artículo setecientos ochenta y seis, porque si como en él se previene la nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudica a la validez de la institución, ni a los herederos del primer llamamiento, pero sí a los llamados en segundo lugar, teniéndose por no escrita la cláusula fideicomisaria, es claro que, al limitar el fallo recurrido los efectos de la nulidad a los sustitutos de la fiduciaria, primeramente instituida, no incide en la infracción que se le atribuye; sin que, por otra parte, pueda tomarse en consideración la tesis del recurrente, porque cometido en la sustitución, el defecto originario de la nulidad, ni se purifica, ni se subsana, a menos de olvidar el alcance jurídico de las normas invocadas cuyo propósito no es otro que evitar las vinculaciones, como contrarias a la naturaleza de la propiedad”*.

Es decir, que basándose por un lado, en la interpretación literal de los artículos 781, 785.2º y 786 del C.c., y, por otro, en el objeto de las sustituciones fideicomisarias de evitar las vinculaciones en el tiempo, a través de esta Sentencia el Tribunal Supremo se inclinó por considerar como válido únicamente el llamamiento realizado a favor del heredero fiduciario, dejando por tanto sin efecto la voluntad del testador en cuanto a los llamamientos hechos a favor de los fideicomisarios tras el disfrute de la herencia por el fiduciario.

Dicho lo cual hemos de resaltar que lo más importante de este pronunciamiento judicial, cuyos argumentos no compartimos por los motivos que expondremos a continuación, es que, aunque parezca imposible dada la fecha de la misma, la de 29 de octubre de 1.949 es la última Sentencia de nuestro Tribunal Supremo al respecto, siendo por ende a día de hoy esa la postura más reciente de nuestro Alto Tribunal.

---

<sup>187</sup> SSTS de 8 de mayo de 1.894, 6 de junio de 1.905, 9 de julio de 1.927 y 23 de junio de 1.940 (RJ 1940, 530) todas ellas aplicables al supuesto estudiado.

<sup>188</sup> RJ 1949, 1240.

En cambio, por parte de nuestra doctrina más respetada, tan sólo meses después de su publicación, dicha Sentencia ya fue rebatida.

Fue concretamente JERÓNIMO LÓPEZ<sup>189</sup>, el que, coincidiendo con la doctrina anterior a la citada Sentencia<sup>190</sup>, y tras elaborar un estudio pormenorizado de la misma pocos meses después de su publicación, llega a la conclusión de que “...de los artículos 781 y 785.2º del C.c. no podemos extraer la consecuencia que el Tribunal Supremo en esta sentencia mantiene. (...) La cuestión ha de centrarse en torno a la interpretación del artículo 786. (...) No examinaremos aquí las vicisitudes de la legislación desvinculadora; nos basta con señalar que la doctrina y el Tribunal Supremo estimaron siempre que sólo las vinculaciones perpetuas estaban prohibidas, y se permitían así los fideicomisos temporales, si bien no llegó la jurisprudencia a precisar lo que ese adjetivo significaba. En el momento de la codificación, las ideas acerca de las vinculaciones habían cambiado mucho, y ya nadie piensa en suprimir de modo absoluto la sustitución fideicomisaria. (...) Importa señalar aquí que el fundamento de la declaración de nulidad radicaría en ser un negocio jurídico contra la ley, y que falta motivo para estimar que todos los llamamientos de la sustitución fideicomisaria que exceden del límite legal son contra la ley. Esto solamente puede decirse de aquellos llamamientos que exceden del límite, pero no de los anteriores, que el legislador expresamente admite (artículo 781), y por esta razón estimamos más adecuado sostener que sólo a aquéllos alcanza directamente la declaración de nulidad, lo que no ocurre con los llamamientos de sustitución ordenados por el testador dentro del límite”.

La doctrina posterior<sup>191</sup> al razonamiento de JERÓNIMO LÓPEZ coincide con él, lo cual refleja que, por parte de nuestros autores, jamás se ha dudado, ni antes ni después de la Sentencia referida, de que en las sustituciones fideicomisarias en las que se traspasen los límites legales, se tendrán por no válidos los llamamientos que sobrepasen el segundo grado, sin que ello conlleve la nulidad o el perjuicio de los llamamientos permitidos.

---

<sup>189</sup> JERÓNIMO LÓPEZ, “Carácter de la nulidad de la sustitución fideicomisaria que traspasa el límite legal”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1.950, págs. 503 y ss.

<sup>190</sup> DE DIEGO, *Instituciones...*, cit. pág. 164; ROCA SASTRE, *Estudios...*, cit., pág. 57.

<sup>191</sup> Con independencia de los autores cuyos razonamientos exponemos a continuación, podemos destacar, entre otros PUIG BRUTAU, *Op. cit.*, pág. 544; MANRESA, *Op. cit.*, págs. 273 y 274; O’CALLAGHAN, *Compendio...*, cit., pág. 147; ALBÁCAR y DE CASTRO, *Op. cit.*, pág. 704.

OSSORIO MORALES<sup>192</sup>, haciendo referencia al referido autor, manifiesta *“pero el hecho de que al hacer la designación de fideicomisarios, el testador no respete tales límites (designando, por ejemplo, tres sustitutos fideicomisarios sucesivos), no puede anular ni perjudicar a los llamamientos permitidos, según resulta del principio utile non vitiatur, y de una lógica interpretación del artículo 786; ya que si la institución del fiduciario es válida, aun siendo nulo el llamamiento del fideicomisario, lo mismo debe ser válido el llamamiento de los fideicomisarios en los grados permitidos, aunque sean nulos, por infringir la prohibición legal otros llamamientos de fideicomisarios de ulterior grado”*.

También DÍAZ ALABART<sup>193</sup> argumenta que *“la nulidad de la sustitución, aunque no lo especifique el artículo 781, es sólo por el exceso, es decir, en cuanto sobrepase el segundo grado, lo que se apoya en el principio de conservación del negocio, y respecto a la voluntad del testador en cuanto sea posible, en la regla utile per inutile non vietatur, que postulan la nulidad sólo parcial, si cabe, en argumento ex artículo 786, y en que hasta el segundo grado la sustitución no va contra la ley”*.

LACRUZ BERDEJO<sup>194</sup>, con el que coinciden literalmente RAMS ALBESA, MORENO FLORES y RUBIO SAN ROMÁN<sup>195</sup> al respecto, expone que *“los llamamientos de sustitutos que traspasen los límites fijados en el artículo 781 son nulos, pero su nulidad no acarrea la de los llamamientos permitidos, según la regla utile per inutile non vietatur. Defiende en cambio la tesis contraria la sentencia de 29 de octubre de 1.949, apoyándose en los artículos 781, 785.2º y 786 C.c., más del primero de dichos artículos mejor parece deducirse que las sustituciones valdrán siempre hasta el segundo grado, y lo mismo ocurre con el artículo 785.2º y 3º. Y en cuanto al (defectuosamente redactado) artículo 786 del C.c., según el cual la nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudicará a la validez de la institución ni a los herederos del primer llamamiento; sólo se tendrá por no escrita la cláusula fideicomisaria, hay que entenderlo referido asimismo a las sustituciones que no infringen el límite del artículo 781...”*.

---

<sup>192</sup> OSSORIO MORALES, *Op. cit.*, págs. 294 y 295.

<sup>193</sup> DÍAZ ALABART, *Comentarios...*, cit., pág. 290.

<sup>194</sup> LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., pág. 274.

<sup>195</sup> RAMS ALBESA, MORENO FLORES y RUBIO SAN ROMÁN, *Apuntes de Derecho de Sucesiones*, Editorial Dykinson, Madrid, 2.012, pág. 157.

RIVAS MARTÍNEZ<sup>196</sup> indica que *“creemos que la sustitución fideicomisaria sucesiva que exceda de los límites legales, debe entenderse válida en lo que no traspase éstos; se tendrán por no puestos los que sobrepasen del segundo grado. Además hay que tener en cuenta que la nulidad de los llamamientos que se extralimitan no acarrea la de los permitidos, según la regla utile per inutile non vitiatur”*.

SOLÉ RESINA<sup>197</sup>, siempre en la misma línea, razona que *“los llamamientos del sustituto que exceden los límites establecidos en el art. 781 CC son nulos, si bien dicha nulidad no comporta la de los llamamientos permitidos porque no perjudica la validez de la institución ni a los herederos del primer llamamiento”*.

Por último, GALICIA AIZPURUA<sup>198</sup> por su parte, entiende que *“si el causante traspasase los límites recién descritos, deberán reputarse nulos los llamamientos que los rebasen, en tanto que los permitidos habrán de dejarse subsistentes”*.

Eso sí, hemos de reconocer que la gran mayoría de los autores mencionados, aun defendiendo la postura doctrinal expuesta, se apoyan para defender su posicionamiento en Sentencias anteriores a la conflictiva de octubre de 1949, lo cual es lógico, ya que, tal y como expusimos con anterioridad, dicha Sentencia fue la última dictada sobre el tema.

Así, entre mucho otros, CÁMARA LAPUENTE<sup>199</sup>, cuando manifiesta que *“en cuanto a las consecuencias de la extralimitación, la interpretación más correcta (arts. 786 y 743) es entender ineficaces los llamamientos que excedan ese límite, sin que esto afecte a la validez de la institución y de los sustitutos válidamente llamados (STS 8-5-1894 y 6-6-1905; en contra, STS 29-10-1949)”*; o MARTÍNEZ MARTÍNEZ<sup>200</sup>, que considera que *“La jurisprudencia ha entendido que en el caso de llamamientos por encima del límite legal, sólo serán nulos los que trasvasen aquél, pero no los que estén incluidos en el mismo. En contra, no obstante, la singular sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1949, que en base a una aplicación rigurosa del art. 786 CC, consideró nulas todas las sustituciones”*.

---

<sup>196</sup> RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho...*, cit., pág. 1168.

<sup>197</sup> SOLÉ RESINA, *Sustitución fideicomisaria...*, cit., pág. 982.

<sup>198</sup> GALICIA AIZPURUA, *Comentarios...*, cit., págs. 5.724 y 5.725.

<sup>199</sup> CÁMARA LAPUENTE, *Comentarios al Código Civil*, Dir.: Domínguez Luelmo, 1ª Edición, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 893.

<sup>200</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Tratado de Derecho de Sucesiones (Ab ovo usque ad mala)*, Editorial La Ley, Madrid, 2013, pág. 644.

Bajo nuestro punto de vista, y coincidiendo con la opinión doctrinal que se viene manteniendo desde antes incluso de la Sentencia de 1.949, un testador perfectamente podrá nombrar más de dos posibles fideicomisarios (uno por si falta otro). Eso sí, no por el hecho de que el testador haya designado más de dos posibles fideicomisarios llegarán a heredar todos ellos, sino que sólo se producirán dos sustituciones efectivas a favor de fideicomisarios, considerándose el resto de llamamientos que excedan del segundo fideicomisario llamado como nulos por sobrepasar el límite legal permitido, lo cual no supondrá que las dos sustituciones efectivas a favor de fideicomisarios hayan de ser consideradas igualmente nulas.

Pongamos un ejemplo práctico: el del causante que establece un testamento en el que X será fiduciario, los hijos de X serán establecidos como primeros fideicomisarios, los nietos de X como segundo fideicomisarios, y, en el supuesto de que estos últimos faltasen, pasarán los bienes fideicomitidos a una fundación de la ciudad, la cual aparece en el presente testamento como tercer fideicomisario.

El que acabamos de exponer es un ejemplo en el que el testador se excede del límite de llamamientos permitidos, ya que designa tres posibles fideicomisarios. ¿Pero quiere esto decir que, por ello, ha de considerarse válido únicamente el llamamiento a favor del fiduciario, y nulo el de los primeros y segundos fideicomisarios? ¿Deberían quedar privados de su condición de postherederos tanto los hijos de X, como los posibles nietos de X, o la propia fundación de la ciudad?

En nuestra opinión la respuesta es clara: el testamento es perfectamente válido hasta que herede el segundo fideicomisario, independientemente del número de fideicomisarios que haya designado el testador. En el presente supuesto, si, definitivamente, son instituidos como segundos fideicomisarios los nietos de X, pasarían a ser los herederos definitivos de la herencia del testador, sin que se produjese por tanto jamás el llamamiento a favor de la fundación por exceder del límite legal permitido para ello. Pero si los hijos de X no hubiesen tenido descendencia, es decir, no llegasen a existir nietos del testador, entonces pasaría a convertirse en segundo fideicomisario-heredero definitivo la fundación.

ALBALADEJO<sup>201</sup> en esta misma línea expone “...o incluso pueden haber sido ordenadas todavía dos transmisiones más a favor de personas que aún no vivan entonces. Es decir, se permiten dos transmisiones efectivas más (o sea, dos sustitutos que realmente sucedan, así que no cuentan los que, aun nombrados no hayan sucedido) o, usando la terminología del artículo presente, dos grados. Este es el sentido de la expresión <<que no pasen (las sustituciones) del segundo grado>> (dos transmisiones después del fiduciario) del presente artículo 781. Las transmisiones que excedan de ese límite son nulas por el exceso”.

Como último argumento favorable a nuestro posicionamiento, hemos de destacar que en ciertos Derechos Forales cuya regulación civil es posterior a la Sentencia de 1949, al ser consciente el legislador foral del conflicto existente en nuestro Derecho Común entre doctrina y Tribunal Supremo en este sentido, se disipa cualquier atisbo de duda en relación con que la nulidad de las sustituciones que pasen del segundo grado será sólo por el exceso, y nunca supondrá la nulidad de los llamamientos permitidos.

Así, por ejemplo, se aprecia en el reciente C.c. de Cataluña, donde se recoge en su artículo 426-10, punto 5º que “los llamamientos de fideicomisarios que superen los límites establecidos por el presente artículo se consideran no hechos”; es decir, que los que no superen los límites establecidos se entenderán hechos.

De igual forma, la Compilación de Navarra regula en el inciso último del punto 2º de su Ley 224 que “en lo que excedan de ese límite se entenderán por no hechas”.

Una vez puesta de manifiesto la contradicción existente entre el sentir de la doctrina y la posición que en 1.949 adoptó nuestro Alto Tribunal en la última Sentencia dictada en relación con la sustitución fideicomisaria que exceda de los límites, y aun siendo conscientes del valor que como complemento del Ordenamiento jurídico se le reconoce a la doctrina legal del Tribunal Supremo (artículo 1.6 del C.c.<sup>202</sup>), y la carencia, en cambio, de valor normativo de la doctrina científica, concluimos este epígrafe posicionándonos, aun así, en la línea que nuestros autores vienen manteniendo desde antes de 1.949 hasta nuestros días, ya que entendemos que la sustitución fideicomisaria que excede de los límites legales (segundo grado) será nula en el exceso de los mismos,

---

<sup>201</sup> ALBALADEJO, *Comentario...*, cit., pág. 1928.

<sup>202</sup> Regula el artículo 1.6 del C.c.: “La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”.

y válida en lo que no exceda de éstos, debiendo de tenerse, por tanto, como no válidos únicamente los llamamientos que sobrepasen del segundo grado, y todo ello en base a la regla ya citada, *utile per inutile non vletatur*.

#### **4.5.- Límites de la sustitución fideicomisaria cuando son llamadas personas jurídicas**

Como último punto del presente epígrafe entendemos oportuno estudiar la posibilidad de que el testador instituya como fiduciaria o llame como fideicomisaria, en primer o segundo término, a una persona jurídica en vez de a una física.

¿Será posible teniendo en cuenta que las personas jurídicas pueden tener una duración indefinida?

La respuesta, bajo nuestro punto de vista, es afirmativa, ya que si bien es cierto que lo lógico parece ser que el legislador a la hora de incluir en nuestro C.c. la sustitución fideicomisaria no lo hiciera pensando en las personas jurídicas, también lo es que nuestro primer Cuerpo legal, en ningún artículo prohíbe que la sustitución fideicomisaria pueda establecerse a favor de éstas.

Somos conscientes de que la admisión de tal posibilidad puede suponer el incumplimiento de la sustitución fideicomisaria en muchos supuestos. Por ejemplo, imaginemos el caso de que un testador instituye fiduciario de todo su patrimonio a “El Corte Inglés” o a “Zara”, e instituye como fideicomisarios a sus nietos. ¿Alguien duda de que es altamente improbable de que el nieto, ni biznietos, ni tataranietos del causante sobrevirían al fiduciario?

El hecho de que el legislador de la época codificadora admitiese un número máximo de llamamientos de fideicomisarios<sup>203</sup>, hace suponer que la intención real del codificador era la de vincular la sustitución fideicomisaria por un plazo de tiempo determinado.

Por ello, una vez aprobada la posibilidad de instituir como fiduciarias o fideicomisarias a las personas jurídicas, parece adecuado que junto a la vida de éstas (mismo límite que

---

<sup>203</sup> Todos los que quiera el testador, siempre y cuando vivan antes de su fallecimiento, más otros dos fideicomisarios que no vivan en dicho momento.

rige por defecto para las personas físicas), haya de fijarse también un tope de duración máximo a dicha condición. ¿Y cuál parece el tope de duración más apropiado?

Coincidiendo, entre otros autores, con DÍAZ ALABART<sup>204</sup>, y con DÍEZ-PICAZO y GULLÓN<sup>205</sup>, entendemos que, por analogía, debe tomarse como plazo de duración máxima a la vida de las personas jurídicas como fiduciarias o fideicomisarias el de treinta años que el artículo 515<sup>206</sup> del C.c. permite como máximo de vida al usufructo que se establezca a favor de personas jurídicas.

Argumenta la autora que tales treinta años son sensiblemente los de la vida de una generación hasta que llega la otra, por lo que no discreparán, por lo normal, la duración de los fideicomisos en que intervengan personas jurídicas, de la media que, en caso análogo, podrían haber subsistido si hubiesen sido sus sujetos personas físicas.

Este plazo máximo de treinta años cuando se llame a las personas jurídicas como fiduciario es otra de las novedades que introduce la Ley 10/2008 en el C.c. Catalán. Así establece el artículo 426-10.4 que: *“Si el fiduciario es una persona jurídica, el fideicomiso tiene una duración máxima de treinta años”*.

Por todo ello, hemos de llegar a la conclusión de que la persona jurídica que haya sido instituida como fiduciaria, o llamada como primera fideicomisaria, si a los treinta años no se ha extinguido, deberá entregar o restituir a partir de entonces los bienes fideicomitados al fideicomisario.

Así, volviendo al ejemplo expuesto anteriormente, podríamos afirmar que “El Corte Inglés” y “Zara” únicamente disfrutarían de la herencia fideicomitada durante treinta años, teniendo, ahora sí, muchas más posibilidades de producirse entonces la delación hereditaria a favor de los nietos del causante.

---

<sup>204</sup> DÍAZ ALABART, *Comentarios...*, cit., págs. 290, 291 y 292.

<sup>205</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Op. cit.*, pág. 99.

<sup>206</sup> Establece el artículo 515 del C.c. que “no podrá constituirse el usufructo a favor de un pueblo o Corporación o Sociedad por más de treinta años. Si se hubiese constituido, y antes de este tiempo el pueblo quedara yermo, o la Corporación o la Sociedad se disolviera, se extinguirá por este hecho el usufructo”.

## V.- POSICIÓN JURÍDICA DEL FIDUCIARIO

Con carácter previo al desarrollo del contenido del presente epígrafe, entendemos oportuno destacar las siguientes palabras de ROCA SASTRE<sup>207</sup>: *“indudablemente la parte más criticable o peor normada de nuestro Código es el Libro III, en su gran sector destinado a sucesiones. (...) la regulación sucesoria del Código civil español deja mucho que desear”*. ¡Y qué razón tenía!

A tal afirmación nos permitimos aportar que, bajo nuestro punto de vista, sin ninguna duda, dentro de nuestro Derecho Sucesorio, la institución cuya regulación más dudas plantea es la sustitución fideicomisaria.

Como ejemplo, comenzamos estudiando la posición jurídica del heredero fiduciario, cuya regulación podemos tildar, como mínimo, de insuficiente, ya que, en nuestro C.c. únicamente hace referencia al fiduciario junto al artículo 781<sup>208</sup>, el artículo 783.2º del mismo Cuerpo legal, cuando establece que *“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”*.

### 5.1.- Facultades del fiduciario

#### 5.1.1.- Condición de heredero *ad tempus*

El fiduciario es considerado el primer heredero del testador, lo que significa que es el propietario de los bienes fideicomitidos sujetos a sustitución, si bien lo es con carácter temporal (hasta que llegue el plazo fijado para la restitución) o condicional (hasta que se cumpla la condición fijada para que se produzca la sustitución), pero propietario al fin y al cabo, como lo demuestra, entre otros argumentos, el hecho de que como propietario

---

<sup>207</sup> ROCA SASTRE: “La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el Derecho sucesorio”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo I, 1.943, pág. 366.

<sup>208</sup> Artículo 781 C.c.: *“Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia...”*.

de los bienes fideicomitidos puede obtener la inscripción de su derecho en el Registro de la Propiedad<sup>209</sup>, constanding, eso sí, su limitación en el asiento registral.

Sin embargo, también es cierto que, pese a ser propietario, está sometido a cuantas limitaciones nacen del hecho de que ha de conservarlos para transmitirlos.

Así expone ALBALADEJO<sup>210</sup> que *“la idea central es que, como en ese tiempo el heredero lo es el fiduciario, es él el titular de los bienes, derechos y obligaciones que componen la herencia fideicomitada, luego es propietario, acreedor o deudor de aquéllos. Si bien con una titularidad a la que le falta, en los términos que después veremos, la disponibilidad en concepto de libres de los bienes sobre que recae, ya que debe conservarlos para entregarlos en su momento al fideicomisario, y por esta razón tiene también ciertas limitaciones en la gestión y administración de los mismos”*.

SOLÉ RESINA<sup>211</sup>, en el mismo sentido, afirma que *“la mayoría de la doctrina entiende que el fiduciario es un heredero, pues se subroga en la misma posición jurídica del causante. Entonces, el fiduciario es el propietario de los bienes objeto de fideicomiso, aunque lo es con carácter temporal, por lo que se halla sujeto a una serie de limitaciones en orden a su disposición, derivadas precisamente del hecho de que debe conservar y transmitir los bienes recibidos (art. 781 CC)”*.

En cualquier caso, y aunque durante algún tiempo, antes y después de la publicación del C.c., así lo entendió la jurisprudencia, desde hace casi un siglo no existe duda alguna respecto a que el fiduciario no es usufructuario de la herencia, sino que es verdadero propietario de la misma, y que, como tal, goza de los bienes fideicomitidos, si bien, por analogía, le resultan de aplicación ciertas reglas de nuestro C.c., reguladoras de la figura del usufructuario.

Así se refleja, entre otras<sup>212</sup>, mediante la Sentencia de 20 de octubre de 1.954<sup>213</sup>, en la que el Supremo establece que no puede identificarse la posición del heredero fiduciario con la del usufructuario porque *“en la sustitución fideicomisaria se llama a una misma*

---

<sup>209</sup> Dispone el artículo 82.1 del Reglamento Hipotecario que: *“En las inscripciones de herencia o legado con sustitución fideicomisaria que se practiquen a favor de los fiduciarios, se hará constar la cláusula de sustitución”*.

<sup>210</sup> ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 306.

<sup>211</sup> SOLÉ RESINA, *Sustitución fideicomisaria...*, cit., pág. 986.

<sup>212</sup> En el mismo sentido, por ejemplo, la STS de 22 de diciembre de 1.930 (RJ 1930, 1848).

<sup>213</sup> RJ 1954, 2636.

*cosa sucesivamente al fiduciario y al fideicomisario, de modo que si por cualquier causa no puede tener lugar la sustitución, adquirirá el fiduciario todos los derechos que correspondían al fideicomisario. En cambio en el usufructo esto no ocurre, porque usufructo y nuda propiedad son dos cosas diferentes y se producen simultáneamente, adquiriendo el nudo propietario sus derechos al mismo tiempo que el usufructuario, al que no le puede corresponder el dominio aunque al extinguirse el usufructo haya desaparecido el nudo propietario... El fiduciario es heredero y, como tal, propietario, acreedor, titular de derechos reales limitados y por ello, puede transmitir el derecho que le compete sobre los bienes del causante”.*

O en la Sentencia de 9 de octubre de 1.986<sup>214</sup>, donde expone nuestro Alto Tribunal en su Fundamento de Derecho 2º que “*la posibilidad de conceder al usufructuario la facultad de disponer, asimila ciertamente la institución al fideicomiso de residuo, si bien la doctrina de esta Sala ha puntualizado que no cabe identificar ambas figuras, porque en el usufructo con facultad de disposición el titular tiene un ius in re aliena, mientras que al fiduciario corresponde el pleno dominio sobre los bienes limitado por la prohibición de disponer mortis causa, y además porque cuando el testador desmembra el usufructo y la nuda propiedad no hace un doble llamamiento directo o indirecto respecto del mismo bien, sino que distribuye entre distintas personas de modo inmediato las facultades integrantes del dominio, de suerte que en el llamamiento concurren las dos liberalidades que operan independientemente sin orden ni relación sucesiva”.*

O, por último, en la Sentencia de 28 de febrero de 1.996<sup>215</sup>, en la que fijó que “*al margen de la calificación jurídica que los contratantes hicieran del derecho que ostentaba el arrendador sobre la finca, la realidad es que tal derecho era el de una propiedad fiduciaria o temporal, sujeta a la obligación de conservarla y entregarla a su fallecimiento al otro heredero designado como fideicomisario. No se trata de un usufructo, y la doctrina científica y la jurisprudencia ha distinguido perfectamente sus diferencias (Sentencias de 19 mayo 1952 [RJ 1952\1231], 20 octubre 1954 [RJ 1954\2636], etc.), pero tiene algunas analogías con el mismo, aunque exista la disparidad fundamental de no ser un derecho sobre cosa ajena, sino más bien, una verdadera titularidad dominical, pero con la limitación temporal que supone el término*

---

<sup>214</sup> RJ 1986, 5335.

<sup>215</sup> RJ 1996, 1269.

*o la condición impuesta por el testador”.*

También coincide plenamente nuestra doctrina en entender totalmente diferentes las figuras de fiduciario y de usufructuario.

En este sentido, destaca ALABALADEJO<sup>216</sup>: *“pues bien -digo- se parte de la base de que el fiduciario es propietario temporal; no de que es usufructuario. Los bienes los posee, disfruta y adquiere sus rendimientos, administra, etc., porque son suyos; no como quien administra una cosa ajena.(...) La doctrina y la jurisprudencia actuales se pronuncian en esa línea de que el fiduciario no es como un usufructuario, sino que es un propietario, que goza de los bienes fideicomitidos como tal propietario, aunque, por analogía, sean aplicables a su poder sobre los mismos ciertas de las reglas dictadas para el usufructuario, en razón a que tal poder de disfrute no es definitivo, sino que dura sólo mientras no hay que restituir al fideicomisario la herencia fideicomitada”.*

Por su parte, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN<sup>217</sup> consideran que *“hoy está totalmente abandonada la tesis de la equiparación entre el fiduciario y el usufructuario en la doctrina y jurisprudencia, que había seguido el artículo 638 del Proyecto de 1851. Es evidente que el Código se apartó de ella, pues le concede en el artículo 783 la facultad de hacer mejoras con derecho a reclamar su importe, lo que no hace con el usufructuario (art. 487). Además es un heredero según el Código civil, cualidad que nunca puede ostentar sólo el que es llamado al usufructo al no haber sucesión en la misma posición jurídica del causante, pues era propietario pleno. No es un derecho real que se cree por la sucesión como el usufructo”.*

LASARTE<sup>218</sup> afirma que *“la condición de heredero del fiduciario está fuera de toda duda. Mientras no venza el término o acaezca el suceso determinante de la condición de la que depende el mantenimiento de su condición, el fiduciario es heredero del fideicomitente y, por tanto, durante el correspondiente período gozará del conjunto de facultades que le corresponden como titular de los bienes hereditarios, aunque tendencialmente lo sea ad tempus”.*

---

<sup>216</sup> ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., págs. 307 y 308.

<sup>217</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Op.cit.*, pág. 100.

<sup>218</sup> LASARTE, *Derecho...*, cit., pág. 131.

También RIVAS MARTÍNEZ<sup>219</sup>, en la misma línea, manifiesta que *“el fiduciario es un heredero. La cualidad de heredero la adquiere por el hecho de entrar en el fenómeno sucesorio. Al ser heredero es un propietario de los bienes sujetos a la sustitución, si bien con carácter temporal (hasta que llegue el plazo fijado para la restitución) o condicional (hasta que se cumpla el evento señalado para que se dé la restitución). No obstante pese a ser propietario, está sometido a cuantas limitaciones nacen del hecho de que ha de conservarlos para transmitirlos”*.

Y GALICIA AIZPURUA<sup>220</sup> al respecto considera que *“frente al criterio de algunas sentencias antiguas, doctrina y jurisprudencia afirman hoy unánimemente que el fiduciario no es un simple usufructuario del caudal, sino un auténtico heredero y, como tal, titular de los bienes y derechos que constituyen el objeto de la sustitución... No obstante, esa ausencia de identidad entre ambas figuras no ha impedido la apreciación, por parte del Tribunal Supremo, de una cierta analogía entre las posiciones del fiduciario y del usufructuario (en cuanto uno y otro están imposibilitados para enajenar válidamente los bienes que disfrutan) lo que, a su vez, le ha permitido suplir algunas de las lagunas que la parca regulación del Código muestra en este extremo”*.

### **5.1.2.- Deducciones por gastos legítimos, créditos y mejoras**

Establece el artículo 783.2 del C.c. que *“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”*.

Coincidimos plenamente con los autores DÍEZ-PICAZO y GULLÓN<sup>221</sup> cuando, refiriéndose al contenido de dicho artículo, comentan que *“el laconismo de este precepto no puede ser mayor, y deja prácticamente sin regulación la posición jurídica del fiduciario en el Código civil”*.

En el mismo sentido, narra ALBALADEJO<sup>222</sup> que *“mas, aun partiendo de la conformidad en esa idea de principio de ser el fiduciario un propietario, la verdad es*

---

<sup>219</sup> RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho...*, cit., pág. 1.180.

<sup>220</sup> GALICIA AIZPURÚA, *Comentarios...*, cit., pág. 5.719.

<sup>221</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Op. cit.*, pág. 100.

<sup>222</sup> ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 308.

*que la falta de regulación legal específica de las concretas atribuciones que le corresponden, deja en ciertos casos bastantes dudas sobre lo que puede hacer y lo que no, porque a pesar de ser dueño y todo, sin embargo, el tener que conservar y entregar la herencia en su día al fideicomisario, de algún modo limita, aun mientras dure el dominio del fiduciario, las facultades que corresponden a éste comparadas con las que le corresponderían si fuese un dueño libre y definitivo”.*

Efectivamente, de lo que no cabe dudar es de las facultades de goce y de exclusión que ostenta plenamente el fiduciario respecto de los bienes heredados mientras dure su condición de fiduciario, disfrutando en todo momento del *ius utendi et fruendi*, y teniendo derecho a deducir los gastos legítimos, créditos y mejoras en el momento en el que haya de entregar la herencia fideicomitida al fideicomisario.

En cuanto a las “*mejoras*”, únicamente se comprenderán como tales aquellas obras que avaloren o eleven el valor de la herencia, siempre y cuando sigan existiendo en el momento de restitución de la herencia a favor del fideicomisario.

Para ALBALADEJO<sup>223</sup> *“hay que entender que el derecho a deducción (o indemnización) por mejoras es siempre que hayan sido realizadas de buena fe, en el sentido de haberlos efectuado el fiduciario de un modo regular, produciéndose en la misma forma que lo haría si los bienes fuesen de propiedad plena y absoluta suya”.*

La facultad de los fiduciarios de hacer mejoras no origina ningún conflicto en la actualidad, ya que es unánime la opinión doctrinal y jurisprudencial al respecto. Y es que, si tenemos en cuenta que el usufructuario (sin llegar a ser propietario), puede mejorar las cosas usufructuadas en base al artículo 487 del C.c.<sup>224</sup>, parece lógico que el fiduciario también pueda afrontar mejoras en los bienes que herede, ya que éste, reiteramos, sí es propietario, aunque lo sea de forma temporal.

Eso sí, mientras el fiduciario tiene derecho, llegado el momento, a deducir lo invertido en las mejoras, el usufructuario no podrá deducir las mejoras realizadas, aunque podrá retirarlas siempre y cuando no suponga un perjuicio para los propios bienes.

---

<sup>223</sup> ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 326.

<sup>224</sup> Establece el artículo 487 del C.c.: *“El usufructuario podrá hacer en los bienes objeto del usufructo las mejoras útiles o de recreo que tuviese por conveniente con tal de que no altere su forma o sustancia, pero no tendrá por ello derecho a indemnización. Podrá, no obstante, retirar dichas mejoras, si fuere posible hacerlo sin detrimento de los bienes”.*

Dentro de las mejoras existen diferentes tipos. Si hablamos de “*mejoras necesarias*”, únicamente tendrá derecho el fiduciario a aquellas que hayan aumentado el valor de la cosa al tiempo de su entrega al fideicomisario, por aplicación analógica del artículo 502 del C.c.<sup>225</sup>, mientras que, si son “*mejoras útiles*” son siempre abonables, aunque sólo en el importe de la utilidad.

Respecto a las “*mejoras suntuarias*”, coinciden la mayoría de autores en excluir el derecho del fiduciario a ser indemnizado por ellas, otorgándole, exclusivamente, la facultad de retirarlas, en base al artículo 454 del C.c.<sup>226</sup>, si la cosa no sufre deterioro y el fideicomisario (que es el sucesor en la posesión), no prefiere abonar el importe de lo gastado<sup>227</sup>.

Todos estos extremos los argumenta, de forma resumida, ROCA SASTRE<sup>228</sup> cuando expone que “*las mejoras útiles le son abonables, pero no creemos que en todo caso. El simplismo del C.c. ha de ser templado por la norma de Derecho romano, que sólo da derecho a las reformas hechas de buena fe; de lo contrario, el fiduciario dispondría del bolsillo de los fideicomisarios. Las mejoras voluntarias o de lujo no le son abonables, quedando a salvo a los fideicomisarios el ius tollendi, o sea, la facultad de retirarlas, siempre que el fiduciario no quiera hacerlas suyas mediante indemnización*”.

También SOLÉ RESINA<sup>229</sup> argumenta que “*el fiduciario puede hacer mejoras a los bienes de la herencia, por lo que las mejoras útiles le deberán ser abonadas. Respecto al derecho de reembolso de los gastos de puro lujo o mero recreo se equiparará al poseedor de buena fe (art. 454 CC), de modo que podrá retirarlos si con ellos la cosa principal no sufre deterioro y el sucesor no prefiere abonar el importe de lo gastado. Las mejoras necesarias son gastos de mantenimiento que, como ya se ha dicho, corresponden al fiduciario*”.

---

<sup>225</sup> El artículo 502 del C.c. recoge: “*Si el propietario hiciere las reparaciones extraordinarias, tendrá derecho a exigir al usufructuario el interés legal de la cantidad invertida en ellas mientras dure el usufructo.*

*Si no las hiciere cuando fuesen indispensables para la subsistencia de la cosa, podrá hacerlas el usufructuario; pero tendrá derecho a exigir del propietario, al concluir el usufructo, el aumento de valor que tuviese la finca por efecto de las mismas obras.*

*Si el propietario se negare a satisfacer dicho importe, tendrá el usufructuario derecho a retener la cosas hasta reintegrarse con sus productos”.*

<sup>226</sup> El contenido del 454 del C.c. es el siguiente: “*Los gastos de puro lujo o mero recreo no son abonables al poseedor de buena fe; pero podrá llevarse los adornos con que hubiese embellecido la cosa principal si no sufre deterioro, y si el sucesor en la posesión no prefiere abonar el importe de lo gastado*”.

<sup>227</sup> DÍAZ ALABART, *Comentarios...*, cit., pág. 325.

<sup>228</sup> ROCA SASTRE, *Estudios...*, cit., pág. 52.

<sup>229</sup> SOLÉ RESINA, *Sustitución fideicomisaria...*, cit., pág. 988.

Dicho lo cual, el apartado dedicado a la facultad del fiduciario de realizar y exigir el pago de las mejoras debemos concluirlo afirmando que dichas mejoras deberán ser siempre acreditadas.

Así lo recoge, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009<sup>230</sup>, al exponer que “*es cierto que en el caso de que dichos aumentos sean debidos a mejoras efectuadas por el fiduciario, el Art. 783 CC establece que deben deducirse, pero para que esto pueda ocurrir se requiere: a) que dichas mejoras hayan sido debidas a la actividad del propio fiduciario; b) que subsistan en el momento de la delación del fideicomiso a los fideicomisarios; y c) se hayan efectuado por el fiduciario a su cargo (así, por ejemplo, el art. 426-47 del Código civil de Catalunya). Todos estos requisitos no se dan en el presente litigio, en que ni siquiera se ha probado que las mejoras ahora reclamadas se hayan producido en la realidad*”.

Vistas las mejoras, nos centramos ahora en qué se entiende por “*gastos legítimos*”. Igualmente, habrán de ser reintegrados al fiduciario una vez proceda la restitución de la herencia, coincidiendo la doctrina<sup>231</sup> en que en los gastos legítimos deben incluirse los extraordinarios de conservación de los bienes (no los ordinarios porque son de exclusiva cuenta del fiduciario, pues son inherentes a su condición de propietario) y los impuestos y arbitrios que graven el capital.

Por último, en cuanto a los “*créditos*” de los que habla el artículo 783.2 del C.c., se llega a la conclusión de que hacen referencia a los que el fiduciario ostentaba contra el causante antes de abrirse la sucesión, es decir, los créditos preexistentes, ya que los créditos nacidos después de la apertura de la sucesión a favor del fiduciario por haber satisfecho de su patrimonio particular deudas o cargas de la herencia tendrán la consideración de “*gastos legítimos*” o expensas extraordinarias<sup>232</sup>.

Nuestra doctrina más autorizada es pacífica<sup>233</sup> al entender que en los créditos existentes con anterioridad a la apertura de la sucesión frente a terceros, el fiduciario podrá cobrarlos del caudal sin intervención del fideicomisario, aunque dicha intervención sí

---

<sup>230</sup> RJ 2009, 4246.

<sup>231</sup> Entre otros, DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Op.cit.*, págs. 100 y 101 y MANRESA, *Op. cit.*, pág. 312.

<sup>232</sup> Así, entre otros muchos autores, SOLÉ RESINA, *Sustitución fideicomisaria...*, cit., pág. 988.

<sup>233</sup> Entre otros, ROCA SASTRE, *Estudios...*, cit., pág. 49; VALLET DE GOYTISOLO, *Fideicomisos...*, cit., pág. 831; PUIG BRUTAU, *Op. cit.*, pág. 562 y LACRUZ BERDEJO, *Op. cit.*, pág. 276.

será necesaria (o, en su defecto, la del juez) en los supuestos en los que el fiduciario no haya prestado fianza.

En cambio, la corriente mayoritaria de autores<sup>234</sup> entiende que el fiduciario no podrá exigir los propios créditos que éste ostentase contra el fideicomitente en vida, es decir, antes de la apertura de sucesión.

Por todos, ALBALADEJO<sup>235</sup>, cuando manifiesta *“pero la verdad es que es opinión más extendida y que creo preferible la contraria, que piensa que mientras el fiduciario sea heredero no podrá exigir el pago de sus créditos contra el difunto porque hay confusión, en tanto que tal situación dure, por lo que para cobrarlo habrá de esperar a la restitución del fideicomiso, salvo que haya aceptado la herencia a beneficio de inventario”*.

Más recientemente SOLÉ RESINA<sup>236</sup>, en la misma línea, reconoce que *“si el fiduciario acepta a beneficio de inventario puede reclamarlos en cualquier tiempo (art. 1023.2 CC); mientras que si acepta pura y simplemente se produce una confusión entre su patrimonio y el hereditario, pero se trata de una confusión temporal que acaba en el momento de la restitución de los bienes al fideicomisario, momento en el que el fiduciario o sus herederos pueden reclamar los créditos que aquél tenía contra la herencia que habían quedado bloqueados, por efecto de la confusión de patrimonios”*.

Visto desde otro prisma, esta corriente doctrinal afirma que en los supuestos en los que el término fijado por el testador para la delación hereditaria sea la muerte del fiduciario (supuesto que rige por defecto en nuestro Ordenamiento jurídico), éste jamás podría llegar a cobrar en vida el crédito que tuviese frente al fideicomitente, sino que tendrían que cobrarlo sus herederos directamente. ¿Tiene esto algún sentido?

Para nosotros no, y de ahí que exista otra corriente de autores que se posicionan justo en el sentido contrario, siendo su mayor exponente LACRUZ BERDEJO<sup>237</sup> cuando indica que *“el fiduciario puede cobrar, frente a la herencia, sus propios créditos, sin que la*

---

<sup>234</sup> Véase ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 320; OSSORIO MORALES, *Op. cit.*, pág. 292; ROCA SASTRE, *Estudios...*, cit., pág. 49 y VALLET DE GOYTISOLO, *Fideicomisos...*, cit., pág. 831; SOLÉ RESINA, *Sustitución fideicomisaria...*, cit., pág. 988.

<sup>235</sup> ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 320.

<sup>236</sup> SOLÉ RESINA, *Sustitución fideicomisaria...*, cit., pág. 988.

<sup>237</sup> LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., pág. 333.

*situación de propietario ad tempus de los bienes le impida hacer efectivos derechos de los que es titular en otro concepto”.*

En la misma línea se vienen posicionando algunos autores recientemente, como, por ejemplo, GALICIA AIZPURUA<sup>238</sup>, que entiende que *“el fiduciario también podrá reclamar aquellos créditos de los que fuera titular frente al fideicomitente, pues su posición de comitente, pues su posición de propietario a término no ha de constituir un impedimento para que pueda ejercitar derechos que ostenta en otro concepto”.*

O también RAMS ALBESA, MORENO FLORES y RUBIO SAN ROMÁN<sup>239</sup>, que exponen: *“el fiduciario puede cobrar, frente a la herencia, sus propios créditos, sin que la situación de propietario ad tempus de los bienes le impida hacer efectivos derechos que tiene en otro concepto (razón argüida a partir del artículo 784 CC)”.*

Y es que, en nuestra opinión, no tendría ningún sentido prohibirle al fiduciario el cobro de los créditos que éste tuviese contra el fideicomitente con anterioridad a la apertura de la sucesión, ya que lo único que acarrearía tal situación la renuncia, en no pocas ocasiones, de aquellos fiduciarios que prefieran cobrar sus créditos contra la herencia fideicomitada, que no ostentar la condición de fiduciario, con las limitaciones que ello supone.

### **5.1.3.- Posible conversión en heredero definitivo**

No cabe duda de que si la sustitución es ineficaz, el fiduciario quedará libre del gravamen, pasando a ser, por ello, heredero ordinario del causante.

Ocurrirá así, por ejemplo, como expusimos con anterioridad, cuando el fideicomisario fallezca antes que el causante, es decir, antes de la apertura de la sucesión, ya que, en tal caso, el fideicomisario jamás habría adquirido derecho alguno a la sucesión, y, por ende, tampoco sus herederos.

Y el otro caso sería el supuesto en el que siendo una sustitución fideicomisaria condicional, el fideicomisario sobrevive al causante, pero fallece antes de que la condición se cumpla (por ejemplo, que la condición fuese cumplir 50 años, y el

---

<sup>238</sup> GALICIA AIZPURÚA, *Comentarios...*, cit., pág. 5.720.

<sup>239</sup> RAMS ALBESA, MORENO FLORES y RUBIO SAN ROMÁN, *Apuntes...*, cit., pág. 158.

fideicomisario falleciese a los 49); o también, cuando el fideicomisario sin herederos, fallezca con anterioridad al fiduciario.

En todos estos casos, la obligación de entregar la herencia fideicomitada, cesa al no haber destinatario al que hacerle la restitución, o al no haberse cumplido la condición, por lo que se entiende que el fiduciario consolida la cualidad de heredero ordinario del patrimonio fideicomitado, dejando de ser un propietario *ad tempus* y convirtiéndose en el único heredero del causante.

En este sentido, expone PUIG BRUTAU<sup>240</sup> que *“si la sustitución es ineficaz, el fiduciario queda libre del gravamen. Ello es indudable y obedece a la misma razón por la que se liberan de sus gravámenes el heredero o el legatario a los que se hayan impuesto legados y cargas que pierdan su eficacia”*.

Por su parte, VALLET DE GOYTISOLO<sup>241</sup>, citando a GONZÁLEZ PALOMINO<sup>242</sup> y a DÍEZ PASTOR<sup>243</sup>, comenta que ambos autores coinciden respectivamente en decir que *“si el fiduciario tiene la obligación de entregar los bienes, de ‘transmitir’ los bienes al segundo, en el momento que no haya segundo y no tenga a quién ‘transmitir’ ni entregar habrá desaparecido su obligación”*, y *“que el fiduciario sea heredero no me ofrece duda; supuesto que el segundo llamamiento haga defecto, la herencia se purifica en él, no pasa a los herederos abintestato”*.

Igualmente, entiende RIVAS MARTÍNEZ<sup>244</sup> que *“de lo expuesto resulta que si el fiduciario es el heredero del testador y su titularidad sobre los bienes de la herencia está limitada por el llamamiento sucesivo a favor de los fideicomisarios, si ese llamamiento sucesivo no llega a tener efectividad por ineficacia de la sustitución, lo lógico es que la institución quede purificada y el heredero-fiduciario libre del fideicomiso”*.

Ahora bien, como la voluntad del testador es la ley de la sucesión<sup>245</sup>, en caso de duda debe atenderse a su intención según el tenor del mismo testamento. De las propias

---

<sup>240</sup> PUIG BRUTAU, *Op. cit.*, págs. 554 y 555.

<sup>241</sup> VALLET DE GOYTISOLO, *Fideicomisos...*, cit., pág.828.

<sup>242</sup> GONZÁLEZ PALOMINO, *Enajenación...*, cit. pág. 901.

<sup>243</sup> DÍEZ PASTOR, “Las disposiciones testamentarias a favor de los no concebidos”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo VI, 1.952, pág. 565.

<sup>244</sup> RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho...*, pág. 1.177.

<sup>245</sup> Así recoge el artículo 675, 1º, del C.c.: *“Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador.*

palabras del testador o de su intención podrá deducirse si no quiso liberar de la restitución al instituido para el caso de no resultar efectiva (por nulidad o por otra causa) la sustitución fideicomisaria.

#### **5.1.4.- Facultad de realizar la partición de la herencia**

En cuanto a la posibilidad de que los fiduciarios puedan ser nombrados contadores-partidores de la herencia, no existe unanimidad doctrinal al respecto. Por un lado, están los autores que consideran inviable tal opción, y por otro, los que entienden que, como herederos que son, los fiduciarios podrán realizar la partición de la herencia en la que están interesados como tal.

Por nuestra parte, por los motivos que expondremos a lo largo del presente epígrafe, coincidimos con esta última corriente.

El principal motivo en el que se basan los autores que entienden que los fiduciarios pueden ser nombrados contadores-partidores de la herencia es la Resolución de la DGRN de 10 de junio de 1.916, la cual entendió inscribible una partición realizada por los herederos instituidos con la condición de no poder vender, *“porque la partición se limita a disolver la comunidad formada por los interesados y a practicar la división de los bienes”, y no puede decirse que esto infringe la prohibición de vender porque “...la adjudicación de bienes en los actos particionales se rige por normas especiales y no por las establecidas en general para la enajenación de bienes”*.

Y es que, parece lógico que si se admite la partición llevada a cabo por herederos instituidos con la condición de no poder vender, ¿cómo no va a considerarse legal la partición hecha por fiduciarios que no están afectos a tal prohibición, sino que, únicamente, quedan obligados a conservar y restituir?

Tal y como hizo PUIG BRUTAU<sup>246</sup>, para justificar nuestro posicionamiento al respecto, usaremos las palabras de VALLET DE GOYTISOLO<sup>247</sup>, cuando explica, al mismo tiempo, por qué sí considera que los fiduciario pueden realizar la partición, y por qué no

---

*En caso de duda se observará lo que parezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento”.*

<sup>246</sup> PUIG BRUTAU, *Op. cit.*, cit., págs. 557, 558 y 559.

<sup>247</sup> VALLET DE GOYTISOLO, *Fideicomisos...*, cit., págs. 831, 832 y 833.

acepta los planteamientos contrarios. En este sentido afirma el referido autor que “*la cualidad de heredero autoriza para realizar la partición. Esa facultad no puede ser contrarrestada por la limitación temporal de su titularidad de los bienes, que no puede hacernos confundir el heredero gravado de fideicomiso con un usufructuario ni con un mero administrador. Esa fue la doctrina aceptada en Derecho común y creemos que sigue siendo la correcta en el régimen del Código civil. Sin perjuicio de las facultades de control que puedan corresponder a los fideicomisarios, a tenor del artículo 1.054 o, incluso, a base del artículo 1.121 a través del 791 del Código civil. Y sin obstar, la ulterior posibilidad de impugnar las particiones verificadas en fraude de sus derechos. Creemos que la resolución de 10 de junio de 1.916 confirma nuestra opinión. (...).*”

*La tesis opuesta ha sido defendida por nuestro querido amigo y compañero Manuel de la Cámara, que basó su conclusión en las premisas de que la partición es un acto dispositivo o traslativo y de que, como tal, no puede verificarla el fiduciario.*

*No aceptamos ninguna de las dos premisas.*

*Falla la mayor: Porque sobre cada bien hereditario no hay sino una titularidad transitoriamente indeterminada o sólo alternativamente determinada entre los herederos, y el acto particional –conforme nos enseñó nuestro querido compañero José Martín López– sólo tiene carácter determinativo o especificativo.*

*Y, también rechazamos la premisa menor: Porque el heredero gravado de fideicomiso no deja de ser propietario aunque sujeto a restitución.*

*Por estas razones históricas y dogmáticas tampoco estamos de acuerdo con otro querido amigo, Lacruz Berdejo, que si bien cree que los fiduciario tienen derecho a que la partición se practique, estima que de no concurrir los fideicomisarios o de no hacerse aplicación, cuando éstos no sean conocidos, del régimen de representación del ausente, dicha partición queda resuelta a la muerte del fiduciario, señalando al efecto el artículo 1.054. Pero este precepto se refiere a la partición practicada por los herederos llamados bajo condición suspensiva (puesto que habla de que no podrán pedir la partición hasta que aquélla se cumpla) hipótesis muy diversa y a tono con el artículo 801. Teleológicamente, la seguridad jurídica repele esa situación por la incertidumbre a que incluso somete las adjudicaciones verificadas a favor de los coherederos instituidos sin gravamen de restitución”.*

Por su parte, SELVA SÁNCHEZ<sup>248</sup>, junto a los razonamientos y críticas de VALLET DE GOYTISOLO, recoge argumentos interesantes como, por ejemplo, el hecho de que si se admite (como así sucede) que el fiduciario es responsable de las deudas hereditarias como cualquier otro heredero y que responde universalmente si no aceptó a beneficio de inventario, es decir, que es verdadero heredero en las “duras”, necesariamente hay que conceptuarlo del mismo modo en las “maduras”. Acaba argumentando dicho autor que *“más acordes con la tradición y los orígenes históricos de la institución, así como con los principios que, en nuestro sistema jurídico, rigen la materia sucesoria, son aquellas posturas, cada vez más abundantes, que mantienen la solución afirmativa. ROCA SASTRE, VALLET y GONZÁLEZ PALOMINO, entre otros, entienden que ciertamente el fiduciario puede por sí, con los demás coherederos, sean o no conocidos los fideicomisarios, pedir y hacer la partición del caudal a que fue llamado y aceptó, pues es, ante todo, heredero, con todos los derechos de éstos y únicamente limitado por la obligación de entregar al fideicomisario”*.

Por último, coincidimos igualmente con DÍAZ ALABART<sup>249</sup> cuando, tras exponer el contenido del artículo 1.057.1<sup>o</sup><sup>250</sup> del C.c., razona que si el espíritu del citado precepto es, como parece, que, para evitar parcialidad, no sea contador quien es coheredero de los otros herederos, entre los que, juntamente con él mismo, ha de partir la herencia el contador, tal norma no excluye de ser contador ni al fiduciario único o uno de los varios que lo sean para partir la herencia entre varios fideicomisarios, ni al fideicomisario único, o uno de los varios que lo sean, para partir la herencia entre varios fiduciarios, porque fiduciario (o fiduciarios) y fideicomisario (o fideicomisarios) no son coherederos entre sí, sino herederos, uno (o unos) después del otro (u otros), amén de que no hay riesgo de parcialidad si un fideicomisario único parte la herencia entre varios fiduciarios para después tomarla él entera, luego toma las partes de todos aquéllos, y lo mismo si el fiduciario único parte la herencia, que ahora es suya entera para que cuando la tomen varios fideicomisarios sea para cada uno de ellos una porción determinada.

---

<sup>248</sup> SELVA SÁNCHEZ, *Sustituciones Fideicomisarias...*, cit., pág. 800.

<sup>249</sup> DÍAZ ALABART, *Comentario...*, cit., págs. 369 y 370.

<sup>250</sup> Se recoge en el artículo 1.057 del C.c. que *“El testador podrá encomendar por acto inter vivos o mortis causa para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos”*.

### 5.1.5.- Facultad de disponer libremente de los bienes fideicomitidos en diversos supuestos

Por regla general, nuestro Tribunal Supremo establece la imposibilidad de enajenar por parte del fiduciario los bienes fideicomitidos como libres, ya que éste, debido a la obligación de conservar y transmitir con que está gravado, tiene limitada su facultad de disposición para evitar cualquier tipo de perjuicio en los derechos de los fideicomisarios. Así, entre muchas otras<sup>251</sup>, expone la Sentencia de 28 de febrero de 1996<sup>252</sup> que es doctrina consolidada que “*el fiduciario no puede disponer de los bienes hereditarios sin más y por sí solo*”.

También la doctrina dominante<sup>253</sup> entiende que el fiduciario carece de poder de disposición sobre los bienes fideicomitidos. En este sentido, ALBALADEJO<sup>254</sup> manifiesta que “*es idea central del fideicomiso, ya expuesta repetidamente, que el fiduciario es dueño de los bienes fideicomitidos, pero como debe conservarlos, este deber le limita la disponibilidad de los mismos. Así que por deber conservar, y en tanto en cuanto debe conservar, no puede disponer de ellos. Punto de vista, éste, que acoge la opinión más extendida*”.

SANTOS BRIZ<sup>255</sup> considera, por su parte, que “*el fiduciario no podrá disponer de los bienes de la herencia que recibió en fideicomiso, salvo que el testador le haya permitido actos dispositivos de alguna clase, en cuyo caso estaremos ante un fideicomiso de residuo*”.

O dicho con palabras de DE LA CÁMARA<sup>256</sup>, “*la sujeción de los bienes a la restitución es la verdadera causa de esa limitación temporal de la facultad dispositiva en cuanto exceda de aquella sujeción*”.

Es decir, que si el fiduciario está afectado por alguna limitación de disponer no es porque institucionalmente exista una prohibición de enajenar, que literalmente no existe en nuestro C.c., sino porque está obligado a restituir la herencia al fideicomisario, y el

---

<sup>251</sup> Como por ejemplo la de 25 de octubre de 1.954 (RJ 1954, 2862).

<sup>252</sup> RJ 1996, 1269.

<sup>253</sup> Entre otros, PUIG BRUTAU, *Op. cit.*, pág. 560; VALLET DE GOYTISOLO, *Fideicomisos...*, cit., pág. 833; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, cit., pág. 101.

<sup>254</sup> ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 328.

<sup>255</sup> SANTOS BRIZ, *Derecho Civil, Teoría y Práctica, Derecho de Sucesiones*, Tomo VI, Editorial Revista de Derecho Privado, Jaén, 1.979, pág. 451.

<sup>256</sup> DE LA CÁMARA, “Partición, división y enajenación de los bienes sujetos a sustitución fideicomisaria”, en *Revista de Derecho Privado*, volumen 32, julio-agosto 1948, pág. 648.

que está obligado a restituir una cosa debe conservarla con la diligencia de un buen padre de familia<sup>257</sup>.

Por nuestra parte consideramos que esta tesis no puede acogerse sin reservas, ya que la sustitución fideicomisaria, tal y como la regula el C.c., no comparte una prohibición de disponer para el fiduciario, sino que en virtud del deber de conservar y restituir al que éste queda obligado, se verá afectado por limitaciones en su facultad de enajenar en cuanto pueda perjudicar con ella el derecho del fideicomisario.

Y es que, coincidiendo con RIVAS MARTÍNEZ<sup>258</sup>, entendemos que la obligación de conservar que pesa sobre el fiduciario en modo alguno puede conceptuarse como estática. El fiduciario ha de observar la diligencia de un buen padre de familia (art. 1.094), lo que lleva necesariamente a una conservación dinámica, diligente. O dicho de otra forma, el fiduciario incumpliría su obligación de conservar si, por no disponer de los bienes fideicomitidos, permitiese una desaparición o deterioro de los mismos.

Es decir, que, en nuestro Derecho, existen diversos supuestos en las sustituciones fideicomisarias en los cuales podrá el fiduciario disponer libremente de los bienes sin necesitar el consentimiento de nadie, ni de fideicomisarios, ni de representantes de futuros fideicomisarios, ni de la autoridad judicial, etc.

Dicha afirmación no es ninguna novedad, ya que, tal y como cuenta ROCA SASTRE<sup>259</sup>, en el Derecho Romano, a través de la auténtica *Res Quae*, ya se permitían actos de disposición de bienes fideicomitidos como libres, tanto en los fideicomisos a término, como en los condicionales.

En definitiva, tal y como indica PUIG FERRIOL<sup>260</sup>, “*el heredero sucesivo no ha de recibir necesariamente los mismos bienes que con la apertura de la sucesión del fideicomitente pasan a integrar, con una titularidad revocable, el patrimonio del heredero fiduciario, pues, de entenderse lo contrario, tal vez tendrían razón los*

---

<sup>257</sup> Esta obligación de conservar como un buen padre de familia, no sólo limita en su facultad dispositiva al fiduciario, sino que al mismo tiempo, como veremos a continuación, puede convertirse en causa y fundamento de la disposición.

<sup>258</sup> RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho...*, cit., pág. 1.180.

<sup>259</sup> ROCA SASTRE, *Estudios...*, cit., pág.50, nos expone que esta auténtica *Res quae* (*Codex*, 6, 43, 3) constituye un extracto de la Novela 41, citada en aquél como 39, y permite al fiduciario disponer para cobrar su legítima, para pagar las deudas hereditarias, para que, siendo mujer, pueda aportar dote, o siendo varón, pueda hacer donación por causa de nupcias, para constituir hipoteca en garantía de la dote aportada por su mujer, y para dotar a sus descendiente.

<sup>260</sup> PUIG FERRIOL, *El heredero...*cit., pág. 153.

*detractores de los fideicomisos cuando dicen que éstos sirven para estancar los bienes, produciendo con ello la consiguiente depauperación de los patrimonios”.*

#### **5.1.5.a).- Enajenaciones de los bienes fideicomitidos como libres sin necesidad de ningún consentimiento-autorización**

Expone PUIG BRUTAU<sup>261</sup> que *“sin duda el heredero fiduciario siempre ha de poder disponer libremente de bienes de la herencia cuando lo impongan razones de necesidad, sin perjuicio de las garantías procedentes a favor del fideicomisario. Así sucederá en caso de pago de deudas de la herencia, legítimas y legados, que, como hemos visto, son obligaciones preferentes a los derechos que en definitiva el causante puede atribuir a fiduciario y a fideicomisario. Tampoco hay inconveniente en reconocer al fiduciario la facultad de disponer de bienes muebles que no puedan conservarse o sean de difícil y costosa conservación. En definitiva, se tratará de actos de disposición que corresponderán a la normal administración de un patrimonio”.*

En el mismo sentido, recoge OSSORIO MORALES<sup>262</sup> que *“por excepción entiende la doctrina que debe considerarse autorizado el fiduciario para enajenar o gravar, aunque tales autorizaciones no estén expresamente reconocidas en el Código, en ciertos casos en que la necesidad y la lógica institucional lo imponen, siempre con las garantías para salvaguardar los derechos de los fideicomisarios: así, por ejemplo, para pagar deudas hereditarias, o para cumplir compromisos contraídos por el causante, o realizar obras extraordinarias en otros bienes del fideicomiso, o evitar que se pierdan cosas cuya conservación sea difícil, y en general en todos aquellos casos en que, como dice Lacruz Berdejo, la enajenación lejos de constituir una infracción del deber de conservar que incumbe al fiduciario, representa una forma de cumplirlo”.*

También O’CALLAGHAN<sup>263</sup> argumenta que *“el fiduciario debe entenderse autorizado para enajenar bienes fideicomitidos cuando, con el producto así conseguido, pretendiera atender el pago de las deudas hereditarias, realizar reparaciones extraordinarias o rehacer algún bien destruido o, finalmente, con la intención de erradicar la pérdida de cosas de difícil conservación”.*

---

<sup>261</sup> PUIG BRUTAU, *Op. cit.*, pág. 561.

<sup>262</sup> OSSORIO MORALES, *Op. cit.*, pág. 282.

<sup>263</sup> O’CALLAGHAN, *Compendio...*, cit., pág. 132.

SOLÉ RESINA<sup>264</sup> considera que “*en interés de los futuros propietarios de la herencia, y en cumplimiento de su obligación de conservación dinámica de la misma, el fiduciario puede enajenar los bienes...También pueden enajenarse o gravarse los bienes sujetos a fideicomiso para pagar las deudas hereditarias, para realizar reparaciones extraordinarias en otros bienes vinculados o rehacer los destruidos, para evitar que se pierdan las cosas de difícil conservación, u otros supuestos similares*”.

Pero, ¿cómo admitir dichos supuestos si no están autorizados expresamente por el C.c.?

Pues entendiéndose englobados indirectamente en el contenido del artículo 783, cuando establece que: “*el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos...*”.

Y es que, en nuestra opinión, el hecho de que exista un deber de conservar no significa que concurra una prohibición absoluta de disponer. De ahí que no se aprecie obstáculo en reconocer al fiduciario la posibilidad de enajenar bienes como libres en ciertas hipótesis, como, por ejemplo, cuando el acto de disposición resulte necesario para evitar un perjuicio al caudal y, por ende, al fideicomisario, produciéndose en dicho caso más que una infracción del deber de conservar, una forma de satisfacerlo por parte del fiduciario.

Los supuestos en los que éste podrá disponer por sí solo de los bienes fideicomitados como libres, sin necesidad de ningún tipo de consentimiento-autorización son los siguientes:

#### **5.1.5.a).1.- Para afrontar el pago de legítimas y legados o de deudas hereditarias**

Se entiende que la libre disposición de los bienes de la herencia por el fiduciario para afrontar el pago de legítimas y legados es una consecuencia necesaria de su carácter de heredero. Al mismo tiempo, parece lógico que no podrá usarse de excusa la condición de herencia fideicomisaria como impedimento para que el legitimario pueda hacer efectivos sus derechos sobre la herencia del causante-fideicomitente.

---

<sup>264</sup> SOLÉ RESINA, *Op. cit.*, págs. 989 y 990.

En consecuencia, el derecho de los legitimarios prevalece al de los fideicomisarios, e, incluso, a la voluntad del causante-fideicomitente. Como necesaria consecuencia de su carácter de heredero, tampoco esta posibilidad puede ser discutida.

En relación al pago de las deudas del testador, hemos de tener en cuenta que su primer heredero es el fiduciario, por lo que será éste, como cualquier heredero del causante, el que deba satisfacer las deudas de la herencia (recordemos: primero se paga, después se hereda).

De no afrontarse el pago de los créditos de los acreedores por parte del fiduciario del deudor, no podemos obviar que éstos podrán ejecutar forzosamente su crédito contra la masa hereditaria fideicomitada, y de llegarse a esta situación, el fiduciario estaría incumpliendo con el deber de conservación como un buen padre de familia que le impone el C.c. en cuanto a los bienes fideicomitados (imaginemos el perjuicio que supondría para la herencia su ejecución forzosa).

Por ello, tal y como comenta SELVA SÁNCHEZ<sup>265</sup>, cuando se trate de un acreedor por deudas del caudal relicto, no se plantea problema alguno. Podrá llevar la ejecución hasta su final y, en caso de enajenación forzosa de bienes, bastará el consentimiento del fiduciario sin más complementos.

De ahí que, de forma paradójica, el deber de conservación y restitución que impone el artículo 781 del C.c. al fiduciario, supone para éste, al mismo tiempo, la obligación de disponer de los bienes fideicomitados de ser necesario (como lo es en los supuestos que venimos planteando).

#### **5.1.5.a).2.- Para afrontar el pago de gastos extraordinarios de conservación**

Coincidiendo con RIVAS MARTÍNEZ<sup>266</sup>, entendemos que en los supuestos en los que se necesiten reparaciones extraordinarias de conservación en los bienes fideicomitados, a falta de dinero propio o fideicomitado, el fiduciario está facultado para disponer, pues está obligado a una administración diligente y exacta, y, de no hacerlo así, podría quedar perjudicada la herencia fideicomitada.

---

<sup>265</sup> SELVA SÁNCHEZ, *Op. cit.*, pág. 803.

<sup>266</sup> RIVAS MARTÍNEZ, *Op. cit.*, pág. 1.182.

Esta facultad tiene apoyo legal en el art. 501 C.c., al indicar que las reparaciones extraordinarias serán de cuenta del propietario, es decir, en este caso, del fiduciario; por tanto, será la venta una deducción como gasto legítimo del art. 783.

¿Necesitará autorización judicial? Creemos que al no decir nada el C.c. en tal sentido, no puede exigírsele, y bastará su manifestación y su responsabilidad, debiéndose hacer constar así en la escritura.

### **5.1.5.a).3.- Enajenación de bienes muebles de difícil conservación por su naturaleza**

Sobre la venta de bienes muebles que, por su propia naturaleza, no puedan conservarse sin deterioro, la doctrina<sup>267</sup> admite que el fiduciario podrá enajenarlos como libres, ya que esta misma facultad se le reconoce al usufructuario mediante el artículo 482 del C.c. que establece: *“si el usufructo (o sustitución fideicomisaria) comprendiera cosas que no se puedan usar sin consumirlas, el usufructuario (o fiduciario) tendrá derecho a servirse de ellas con la obligación de pagar el importe de su avalúo al terminar el usufructo (la sustitución fideicomisaria), si se hubiesen dado estimadas. Cuando no se hubiesen estimado, tendrá el derecho de restituirlas en igual cantidad y calidad, o pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo (la sustitución fideicomisaria)”*.

Y es que, si se le reconoce al usufructuario tal posibilidad, ¿cómo no se le va a reconocer al fiduciario-propietario *ad tempus*?

También podemos citar en relación a este supuesto lo que ocurre en cuanto a los bienes muebles, ya que recoge artículo 615 C.c., párrafo tercero que: *“si la cosa mueble no pudiere conservarse sin deterioro o sin hacer gastos que disminuyan notablemente su valor, se venderá en pública subasta luego que hubiesen pasado ocho días desde el segundo anuncio sin haberse presentado el dueño, y se depositará su precio”*.

Eso sí, como sucede en el caso del usufructuario, también en el del fiduciario, una vez realizada la venta, deberá subrogarse el precio obtenido al caudal hereditario.

---

<sup>267</sup> PUIG BRUTAU, *Op. cit.*, pág. 561; ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 330; RIVAS MARTÍNEZ, *Estudios de...*, cit., págs. 1182 y 1183.

ALBALADEJO<sup>268</sup>, quien define todos los supuestos que acabamos de exponer como supuestos de “*conservación genérica*”, en un principio parece aceptar la posibilidad en tales casos de actos dispositivos por el fiduciario sin necesidad de consentimiento del fideicomisario en base al artículo 482 del C.c., pero, en cambio, acaba exponiendo que el fiduciario necesitará siempre el consentimiento de los fideicomisarios para enajenar los bienes que conforman la herencia fideicomitida. Así expone<sup>269</sup>: “*hasta aquí mi opinión, que, en cuanto a la exigencia de consentimiento fideicomisario, creo se justifica, por supuesto, si se trata de enajenación no necesaria, pero también aunque se trate de que sea conveniente o preferible, o incluso obligado para atender deudas y cargas de la herencia, pues, aun siendo esto así (y salvo que estén en la herencia los mismos bienes –por ejemplo el dinero– que se haya de pagar), decidir si, para conseguir medios para atenderlas, conviene enajenar unos determinados bienes, o, por el contrario, otros, no debe dejarse en las solas manos del fiduciario porque ello afectará después al fideicomisario que recibirá el bien que no se enajenó, y no el que sí, que pudo interesarle más*”.

Por nuestra parte, nos planteamos a este respecto, ¿por qué no va a poder disponer el fiduciario de los bienes que él entienda necesario para afrontar, por ejemplo, el pago de deudas frente a acreedores, o el pago de legítimas y legados? O lo que es lo mismo, ¿por qué habrá de consultar el fiduciario a los fideicomisarios los bienes del caudal hereditario de los que va a disponer para afrontar dichos pagos si el causante no se pronunció sobre qué bienes concretos habrán de ir a parar al fideicomisario? ¿Acaso no basta con que el fideicomisario reciba, llegado el momento de la delación, bienes en igual cantidad o calidad que los que le corresponden en base al testamento?

Particularmente, llegamos a la conclusión de que si el testador no ha fijado los bienes que quiere que se destinen al pago de deudas o al de legítimas o legados, habrá de entenderse implícita su voluntad de que sea el primer heredero (el fiduciario) quien haga frente a ellas de la forma que estime más conveniente.

---

<sup>268</sup> ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 330, considera que “*aun existiendo, como existe, deber de conservar, puede disponer de los bienes el fiduciario por sí solo, o consumirlos, cuando, por la clase o circunstancias del bien de que se trate deba entenderse que la conservación que ha de realizarse no es precisamente de los mismos bienes que de éstos hay en el fideicomiso, sino de ellos o de otro tanto de lo mismo o de su valor. Entonces basta con conservar éstos, sin que, como digo, haya de dar el fideicomisario su consentimiento para el cambio. Al caso, que podríamos calificar de “conservación genérica”, creo aplicable por analogía el artículo 482 del C.c.*”.

<sup>269</sup> ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., págs. 332 y 333.

Frente al pensamiento de ALBALADEJO de considerar que no debe depender únicamente del fiduciario el decidir enajenar unos determinados bienes u otros para conseguir medios con los que afrontar las deudas, entendemos que el hecho de necesitar autorización de los fideicomisarios para ello, podría suponer la dilatación del asunto en el tiempo, perjudicando con ello a terceros que no tienen por qué verse afectados en el cobro de su crédito (imaginemos el caso de que uno de los fideicomisarios no esté de acuerdo con la venta del bien que propone el fiduciario para hacer frente al pago de las deudas que el testador tenía frente a un tercero, lo cual podría suponer el deber de acudir a la vía judicial, con todo el tiempo que esto puede conllevar. ¿Quién sería el principal perjudicado? El acreedor).

También encontramos como argumento para oponernos a la teoría mantenida por el autor, la posibilidad de que los fideicomisarios en el momento de la apertura de la sucesión no estén determinados o aún no hayan nacido, supuestos en los cuales parte de la doctrina considera que ni siquiera se puede suplir la voluntad de éstos con la de la autoridad judicial, en cuyo caso deberían ser, finalmente, los propios fideicomisarios aún no nacidos los que tendrían que prestar su conformidad a los fiduciarios para que éstos hiciesen frente al pago de deudas, legítimas o legados, encontrándonos en dicho supuesto con una dilatación temporal aún mayor a la hora de afrontar los créditos frente a terceros que el supuesto mencionado anteriormente.

Como último de los motivos para apostar por la facultad de los fiduciarios de disponer libremente (sin necesidad de consentimiento de los fideicomisarios o autoridad judicial) de los bienes fideicomitidos en los supuestos que venimos contemplando, traemos a colación la regulación dada al respecto por alguno de nuestros Derechos Forales.

Por ejemplo, es el Libro cuarto del C.c. de Cataluña el que con mayor amplitud se ocupa en España de la enajenación de los bienes fideicomitidos (arts. 426-36 y siguientes)<sup>270</sup>. Concretamente, se regula en su sección cuarta, titulada “*Disposición de los bienes fideicomisos*”. El primero de los artículos al respecto, el 426-36. 1, dispone que “*el fiduciario puede enajenar y gravar los bienes fideicomisos, libres del fideicomiso, en los casos en que lo permita la ley o lo autoricen el fideicomitente o los fideicomisarios, de acuerdo con lo establecido por la presente sección*”.

---

<sup>270</sup> RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de...cit.*, 2.009, pág. 1.315.

Es decir, que en el C.c. Catalán se contemplan expresamente una serie de supuestos en los que el fiduciario podrá enajenar y gravar los bienes de forma libre por ministerio de la ley, sin necesidad de que deba autorizarlo el fideicomitente o los fideicomisarios, supuestos que, según RIVAS MARTÍNEZ<sup>271</sup>, están inspirados en la auténtica *Res quae*<sup>272</sup>.

Así regula el artículo 426-38 que “1. *El fiduciario está facultado por ministerio de la ley para enajenar o gravar bienes de la herencia o el legado fideicomisos, libres del fideicomiso, en los siguientes casos: a) Para pagar las deudas, las cargas hereditarias, las legítimas y los legados, incluida la percepción de su propia legítima, sin perjuicio de lo establecido por el artículo 451-9. b) Para detraer la cuarta trebeliánica o cuota libre. c) Para financiar los gastos extraordinarios de conservación y refacción de los bienes del fideicomiso y de mejoras necesarias y útiles, si bien estas se incorporan al fideicomiso de acuerdo con el artículo 426-29.*

2. *Para hacer los actos a que se refiere el apartado 1, no es preciso la intervención de los fideicomisarios, pero deben notificarse previamente de acuerdo con lo establecido por el artículo 426-42”.*

Destaca, por tanto, en dichos supuestos que, sin ser preceptiva la intervención de los fideicomisarios para poder disponer el fiduciario de los bienes fideicomitados, sí lo es la notificación previa que éste debe hacer a aquéllos informándole de sus intenciones.

Pero el C.c. Catalán confiere al fiduciario mayor poder de disposición al otorgarle en una serie de actos la posibilidad de realizar por sí sólo, y bajo su responsabilidad, la enajenación-disposición de los bienes fideicomitados. Así, dispone el artículo 426-39 que “1. *El fiduciario está facultado, respecto a los bienes fideicomisos, para hacer por sí solo, bajo su responsabilidad, los siguientes actos: a) Vender los bienes muebles que no puedan conservarse y sustituirlos que se deterioren por el uso. b) Cumplir obligaciones del fideicomitente que tengan por objeto la enajenación de bienes del*

---

<sup>271</sup> RIVAS MARTÍNEZ, *Op. cit.*, 2.009, pág. 1.319.

<sup>272</sup> La *Res quae* (Codex, 6, 43, 3), que constituye un extracto de la Novela 41, citada en aquél como 39, dice: “a la verdad, está prohibido que se enajenen o se obliguen las cosas que están sujetas a restitución. Pero si la porción legítima no les basta a los hijos para la oferta de la dote o de la donación por causa de nupcias, se permite enajenar u obligar para este objeto las susodichas cosas, en cantidad congruente con el decoro de las personas. Porque lo que aprovecha a todos en común lo antepone a lo que es útil en especial para algunos”.

*fideicomiso o que comporten la extinción de derechos personales o reales sobre bienes ajenos o su cancelación registral. c) Intervenir en operaciones de parcelación o reparcelación urbanística o de concentración parcelaria que afecten a los bienes fideicomisos, en cualquiera de las modalidades establecidas por la legislación sectorial. d) Concertar convenios en materia de expropiación forzosa y aceptar indemnizaciones por daños a los bienes fideicomisos.*

*2. Los bienes fideicomisos enajenados en virtud de los actos a que se refiere el apartado 1 quedan libres del fideicomiso y, en su lugar, se subrogan los bienes obtenidos por el fiduciario. Si como consecuencia del acto llevado a cabo, el fiduciario debe asumir obligaciones, cesiones urbanísticas u otras cargas, su cumplimiento corre a cargo del fideicomiso.*

*3. El fiduciario puede notificar a los fideicomisarios los actos a que se refiere el apartado 1 de acuerdo con el procedimiento establecido por el artículo 426-42”.*

Tal y como refleja el último punto del precepto, en todos estos casos la notificación a los fideicomisarios es potestativa, a diferencia de lo que ocurría al respecto con los supuestos del artículo 426-38 en los que era obligatoria. Con todo, entiende SOLÉ RESINA<sup>273</sup>, que el fiduciario es responsable de su actuación, por lo que la notificación es conveniente a efectos de evitar posibles impugnaciones.

Eso sí, de lo que no cabe duda es de que en los supuestos del artículo 426-39 del C.c. Catalán, lo obtenido tras la enajenación como libres de los bienes fideicomitados por responsabilidad del fiduciario se subrogará a la herencia fideicomitada.

Por su parte, en las Islas Baleares, la vigente Compilación de Derecho Civil, en su artículo 33 establece que “*el fiduciario podrá, por Ministerio de la Ley, enajenar y gravar, en concepto de libres, los bienes fideicomitados: a) Mediante el consentimiento de los fideicomisarios. b) Para satisfacerse de su cuota legítima y de la cuarta trebeliánica, previa notificación a los fideicomisarios conocidos. c) Para pagar deudas y cargas de la herencia, legados en metálico y gastos extraordinarios de conservación o refacción de bienes fideicomitados*”.

---

<sup>273</sup> SOLÉ RESINA, “El fideicomiso en el Código Civil de Cataluña”. En: M<sup>a</sup>. Gete-Alonso y Calera (directora), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, Editorial Aranzadi, Navarra, 2.011, pág. 1.037.

A diferencia del C.c. Catalán, en el que se exige al fiduciario la notificación previa a los fideicomisarios en todos los supuestos contemplados en el artículo 426-38.1, en la Compilación Balear, únicamente, se exigirá a aquél la notificación previa a los fideicomisarios conocidos en los supuestos en los que la enajenación o gravamen impuesto sobre los bienes fideicomitidos tengan como finalidad la satisfacción de la cuota legítima o de la cuarta trebeliánica del propio fiduciario.

Entendemos oportuno remarcar llegado este momento del trabajo, que la sustitución fideicomisaria no ha de entenderse como un medio utilizado para beneficiar a los fideicomisarios (herederos finales), sino que hemos de tener en cuenta que lo que realmente busca el testador mediante esta institución es que varias personas disfruten de sus bienes como herederos, primero los fiduciarios y después los fideicomisarios. Es decir, que el papel del fiduciario en la institución es, como mínimo, igual de importante que el del fideicomisario.

Prueba de ello es la ya mencionada reforma de la Ley 41/2003, mediante la cual el testador podrá instituir como fiduciario a sus hijos o descendientes judicialmente incapacitados sobre el tercio de legítima estricta, con lo que dicha protección del fiduciario, no del fideicomisario, puede suponer tanto desde el punto de vista práctico (la privación, incluso, en algunos supuestos, de su legítima estricta para los fideicomisarios, tal y como veremos en el siguiente capítulo) como desde el punto de vista histórico (alterando uno de los principios básicos de nuestro Derecho Sucesorio como es el de la intangibilidad de la legítima estricta).

#### **5.1.5.b).- Enajenaciones de los bienes fideicomitidos por parte del fiduciario con consentimiento de los fideicomisarios, siempre que éstos sean ciertos y todos consientan**

Es pacífica nuestra doctrina<sup>274</sup> al entender que la enajenación llevada a cabo por el fiduciario con el contenido de todos los fideicomisarios es válida y eficaz, siempre y cuando éstos existan y se encuentren perfectamente determinados.

---

<sup>274</sup> Entre otros, ALBALADEJO, *Comentarios...* cit., pág. 332; OSSORIO MORALES, *Op. cit.*, 282; ROCA SASTRE, *Estudios...*, cit., pág. 51; O'CALLAGHAN, *Comentario...*, cit., pág. 740; SOLÉ RESINA, *Sustitución fideicomisaria...*, cit., pág. 988.

Tal y como entiende DÍEZ PICAZO<sup>275</sup>, el hecho de que el fiduciario se encuentre privado del poder de disposición sobre los bienes objeto del fideicomiso, no implica que la enajenación de los referidos bienes no pueda llevarse a cabo en las sustituciones fideicomisarias puras, siempre y cuando exista acuerdo conjunto de fiduciarios y fideicomisarios.

Una enajenación llevada a cabo conjuntamente por fiduciario y fideicomisarios consolida plenamente la situación del adquirente, frente al que ninguno de aquéllos podrá esgrimir la acción de nulidad.

Podemos entenderlo así por dos motivos, el primero, porque mediante esa actuación conjunta se recompone el pleno de poder dispositivo; y el segundo, porque la acción de nulidad es una medida de protección de aquel interesado que ve su derecho lesionado por la enajenación, por lo cual, en ningún caso podrá usar dicha acción la persona que ha concertado libremente la propia enajenación.

De igual modo consideramos que si el heredero actual (fiduciario) y los futuros (fideicomisarios) están de acuerdo en cuanto a la enajenación de los bienes fideicomitados, ¿por qué no admitirla?

Una vez consentida por los fideicomisarios la enajenación (consentimiento que podrá ser de pretérito, presente o futuro), éstos posteriormente no podrán exigir nada, ya que en tal supuesto prevalecería la teoría de los actos propios, tal y como explica ROCA SASTRE<sup>276</sup> al entender que “*cuando el acto de enajenación o gravamen otorgado por el fiduciario esté consentido por todos los fideicomisarios, entonces tales enajenaciones o gravámenes quedan firmes, a pesar de las contingencias del cumplimiento de la condición, si la hubiere*”.

En este caso, es como si los fideicomisarios enajenasen su derecho o renunciasen a él, siendo el acto firme y no invalidable: *contractus auctoritas convelli nunquam potest*.

Eso sí, cuando afirmamos que el acto de enajenación ha de estar consentido por “*todos los fideicomisarios*”, esto quiere decir que se ha de saber a ciencia cierta quiénes son los fideicomisarios, ya que éstos han debido de quedar fijados con exactitud por el testador.

---

<sup>275</sup> DÍEZ-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Volumen III, Editorial Tecnos, Madrid, 1.981, pág. 416.

<sup>276</sup> ROCA SASTRE, *Estudios...*, cit., pág. 51.

Por tanto, a estos efectos, no será suficiente con que todos los fideicomisarios existentes al momento de la enajenación presten su consentimiento, sino que lo que prima para la validez de la enajenación es que, efectivamente, los que la hayan aceptado sean los únicos fideicomisarios, de presente y de futuro.

O dicho en palabras de OSSORIO MORALES<sup>277</sup>, “(...) no puede el fiduciario disponer de los bienes fideicomitidos, a menos que el acto de enajenación sea consentido por todos los fideicomisarios, si bien para que tal consentimiento sea eficaz y tenga la fuerza vinculante de los actos propios es necesario que todos los fideicomisarios sean consentidos y estén individualmente determinados”.

En este sentido, recoge la Resolución de la DGRN de 13 de mayo de 1.999<sup>278</sup> que “Juan y Jaime no son los únicos posibles fideicomisarios; también tendrían que prestar el consentimiento todos los hermanos, sobrinos, nietos, nietos-sobrinos, etc., existentes al morir Francisco. Como dicha muerte aún no se ha producido no se sabe qué familiares vivirán en tal momento y en consecuencia es imposible que ahora comparezcan todos los que existirán en ese momento que no se sabe quiénes serán”.

Como ejemplo práctico de la validez de una enajenación de bienes fideicomitidos llevada a cabo por el fiduciario con el consentimiento de los fideicomisarios, traemos a colación el siguiente: “Instituyo heredero a mi hijo Luis, y a su fallecimiento, le sustituirán sus hijos Carlos y Óscar”. En este supuesto, si Luis quiere vender los bienes, y sus hijos Carlos y Óscar están de acuerdo con su enajenación, ésta será válida, y Carlos y Óscar no podrán reclamar nada en un futuro en relación a la condición de fideicomisarios de los bienes que un día ostentaron.

En cambio, si en el supuesto anterior, la cláusula testamentaria recogiese “instituyo heredero a mi hijo Luis, y a su fallecimiento, le sustituirán sus hijos”, el fiduciario no podrá proceder a la enajenación de los bienes fideicomitidos ni con el consentimiento de sus únicos hijos existentes en el momento de la enajenación. A tal conclusión llegamos principalmente por dos motivos:

El primero de ellos, porque hasta el fallecimiento de Luis no se sabría quiénes eran en realidad, sus únicos hijos (siempre cabe la posibilidad de que a su fallecimiento

---

<sup>277</sup> OSSORIO MORALES, *Op. cit.*, pág. 282.

<sup>278</sup> RJ 1999, 3259.

aparezca algún hijo no conocido en la familia). En este sentido, se expresa la DGRN en su Resolución de 10 de marzo de 1.944<sup>279</sup>, que entrando a conocer una venta de bienes afectos por una sustitución fideicomisaria en la que intervinieron el fiduciario y todos los “presuntos” fideicomisarios, expone en su cuarto Considerando: *“que aparte del fiduciario han intervenido en la venta (representados por su madre) los fideicomisarios presuntos, nietos del testador, para transmitir sus respectivos derechos futuros, pero la concurrencia o el consentimiento de estos herederos no produce la transferencia total del derecho de propiedad, porque el testador ha llamado a los hijos que de su legítimo matrimonio tuviese el fiduciario, y queda siempre en pie, como defecto por ahora insubsanable, la posibilidad (por nadie contradicha) de que nazcan otros hijos, a quienes también alcanza el llamamiento”*.

El segundo motivo es el hecho de que los hijos adoptivos son considerados a todos los efectos hijos biológicos, sin que pueda existir discriminación contra ellos<sup>280</sup>, tal y como pasaremos a estudiar, y de ahí que haya que esperarse a la muerte del testador para saber quiénes son sus verdaderos hijos, ya que hasta el último momento de su vida éste pudo adoptar un hijo (por tanto, también fideicomisario), cuyos derechos habrían sido vulnerados de haberse enajenado los bienes fideicomitidos por el fiduciario con el consentimiento de los hijos fideicomisarios existentes en el momento de la enajenación.

Entiende ROCA SASTRE<sup>281</sup> que *“el gravamen fideicomisario debe subsistir durante toda la vida del fiduciario, a menos que desaparezca la posibilidad de que le sobrevivan fideicomisarios o que todos, absolutamente todos, los fideicomisarios posibles, renuncien eficazmente a su derecho al fideicomiso”*.

Pero no sólo en nuestro Derecho Común se permite la disposición por parte del fiduciario de los bienes fideicomitidos como libres con el consentimiento de todos los fideicomisarios, sino que también dicha posibilidad se regula en los Derechos Forales, donde, por ejemplo, tal y como expusimos anteriormente, el artículo 426-36. 1 del C.c.

---

<sup>279</sup> RJ 1944, 517.

<sup>280</sup> Destaca entre otras, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de julio de 2.004(RJ 2004, 49), que consideró que la interpretación hecha por los tribunales de Andorra de una cláusula testamentaria excluyendo a los hijos adoptivos de la condición de fideicomisarios vulneraba el artículo 14 del Convenio europeo de Derechos Humanos, en relación con el artículo 8 del mismo Convenio porque *“un niño que ha sido objeto de una adopción (...) se encuentra en la misma situación jurídica que si fuese hijo biológico de sus padres, y ello con todos los efectos: relaciones y consecuencias vinculadas con su vida familiar y derecho patrimoniales derivados de ello...”*.

<sup>281</sup> ROCA SASTRE, *El fideicomiso si sine liberis...*, cit., pág. 50.

Catalán dispone que *“el fiduciario puede enajenar y gravar los bienes fideicomisos, libres del fideicomiso, en los casos en que lo permita la ley o lo autoricen el fideicomitente o los fideicomisarios, de acuerdo con lo establecido por la presente sección”*.

O en la Compilación de Baleares, concretamente, en su artículo 33 a), donde se establece que *“el fiduciario podrá, por Ministerio de la Ley, enajenar y gravar, en concepto de libres, los bienes fideicomitados: a) Mediante el consentimiento de los fideicomisarios”*.

Por último, la Ley 233 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra desarrolla, en su segundo punto, que *“el fiduciario podrá enajenar y gravar los bienes como libres en los casos y modos siguientes: 2) Con el consentimiento de todos los fideicomisarios, cuando el disponente no lo hubiere autorizado, sin prohibirlo expresamente. En defecto del consentimiento de todos los fideicomisarios, o cuando alguno de estos sea persona incierta, futura o actualmente indeterminada, el fiduciario podrá hacerlo por autorización del Juez competente, que la concederá sólo en casos de necesidad o utilidad evidente, en acto de jurisdicción voluntaria y adoptando las medidas necesarias para asegurar la subrogación”*.

#### **5.1.5.c).- Enajenaciones de los bienes fideicomitados por parte del fiduciario en casos de necesidad o utilidad evidente, bajo autorización judicial y aplicando el principio de subrogación real**

Al igual que sucede en los supuestos anteriormente mencionados, en los que vamos a exponer a continuación hablamos de la posibilidad de enajenar los bienes fideicomitados indistintamente en supuestos de sustitución fideicomisaria condicional o pura.

Se plantea nuestra doctrina si en los casos en que el testador no lo haya prohibido expresamente y los fideicomisarios sean inciertos o alguno de ellos no haya nacido aún, puede el fiduciario disponer de los bienes fideicomitados por razones de necesidad o conveniencia para reinvertir su importe en otros bienes de mayor utilidad.

GONZÁLEZ PALOMINO<sup>282</sup> entiende que si los administradores de los declarados ausentes (a los cuales se les prohíbe disponer de los bienes administrados y se les obliga a conservarlos), finalmente quedan facultados por el artículo 186, párrafo 3<sup>283</sup> del C.c. para enajenar los bienes en caso de necesidad o de utilidad evidente sin ser éstos propietarios de los bienes, cómo no se le va a permitir al fiduciario que, volvemos a reiterar, sí es propietario, aunque sea *ad tempus*, de los bienes fideicomitidos.

Camino similar recorre DE LA CÁMARA<sup>284</sup> para llegar a la misma conclusión, ya que, por su parte, entiende que siendo la enajenación útil o conveniente, coinciden, entonces, los intereses del fiduciario y de los fideicomisarios, y si la enajenación se frustra, habrá padecido el patrimonio fideicomitado. Así, pues, para evitar esta depreciación económica, será necesario, por un lado, vender y, por otro, adoptar todas aquellas medidas de garantía que eliminen el peligro que puedan correr los fideicomisarios.

En nuestro Derecho, según el citado autor, estas garantías se obtienen sometiendo la enajenación a la autorización judicial invocando la aplicación analógica del artículo 804<sup>285</sup> del C.c., que al tratar de la administración de los bienes de la herencia dejada bajo condición suspensiva, remite a lo dispuesto para la administración de los bienes del ausente, lo que permite aplicar el artículo 186, párrafo 3º del C.c., de donde resulta la posibilidad de la enajenación con autorización judicial.

En la misma línea se manifiesta también ALBALADEJO<sup>286</sup> al exponer que “*en caso de inexistencia actual del fideicomisario, como parece inadmisibile que haya de quedar, diríamos, congelado por tal circunstancia el patrimonio fideicomitado, y habida cuenta de que respecto de éste debe atenderse no sólo al interés futuro del fideicomisario, sino también al actual del fiduciario (y a veces será el mismo interés el de éste que el de aquél, al que, como al fiduciario, le convendrá la enajenación, a la que no podría llegarse si, inexistente el fideicomiso, nadie supliere su consentimiento), creo que procederá, en última instancia, aplicar por analogía lo dispuesto en el artículo 804, considerando la del fiduciario como situación análoga a la del administrador de*

---

<sup>282</sup> GONZÁLEZ PALOMINO, *Op. cit.*, pág. 97.

<sup>283</sup> El artículo 186, párrafo 3º del C.c. establece que: “*Los poseedores temporales de los bienes del ausente no podrán venderlos, gravarlos, hipotecarlos o darlos en prenda, sino en caso de necesidad o utilidad evidente reconocida y declarada por el Juez, quien, al autorizar dichos actos, determinará el empleo de la cantidad obtenida*”.

<sup>284</sup> DE LA CÁMARA, *Op. cit.*, pág. 658.

<sup>285</sup> Establece el artículo 804 del C.c. que “*Los administradores tendrán los mismos derechos y obligaciones que los que lo son de los bienes de un ausente*”.

<sup>286</sup> ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 333.

*herencia condicional, y permitiendo al fiduciario, como a ese administrador, la enajenación de los bienes fideicomitidos en los términos en que se permite enajenar los del ausente a su representante con autorización judicial (arts. 185 y 186)”.*

Esta teoría a la que venimos haciendo referencia fue puesta en duda por OSSORIO MORALES<sup>287</sup> al manifestar que *“cierto sector doctrinal (Cámara) ha sostenido modernamente la tesis de que el fiduciario condicional puede enajenar los bienes fideicomitidos, sin que la adquisición quede pendiente de la condición resolutoria, sometiendo la enajenación, en caso de necesidad, a la previa autorización judicial y con obligación de reinvertir el precio en otros bienes, por aplicación del principio de subrogación real, y acudiendo por analogía a los artículos 804 y siguientes del Código. Pero esta tesis, ciertamente ingeniosa, debe en la práctica ser acogida con reservas, pues la Dirección no la ha aceptado hasta ahora, y en diversas resoluciones ha sostenido que no puede el fiduciario realizar tales enajenaciones con carácter definitivo, aunque obtenga autorización judicial”.*

Sin embargo, el razonamiento de OSSORIO MORALES estaba totalmente superado mediante la Resolución de la DGRN de 29 de enero de 1.988<sup>288</sup>, mediante la cual, el Centro Directivo admite la tesis de la aplicabilidad de los artículos 804 y 186 C.c., así como la autorización judicial en los expedientes de jurisdicción voluntaria, al establecer que *“los nietos ya existentes son llamados de modo afectivo (son ya legatarios y lo único indeterminado es la cuantía en que lo son), pero no tienen plenas facultades en la medida en que pueden sobrevenir otros sujetos que concurran con ellos. Para los supuestos en que el legado está sujeto a condición suspensiva, tienen aplicación los artículos 801 y siguientes, y esta solución debe ser también aplicable al presente supuesto aunque no sólo dependa del acontecimiento futuro el llamamiento sino la misma existencia del sujeto llamado. Por tanto, son los mismos nietos colegatarios ya existentes los que conforme al artículo 802 tienen la administración del derecho de la parte legada a todos los nietos. Expresión ésta «administración» que debe entenderse en el amplio sentido que se desprende del artículo 804, es decir, que en el concepto de administradores o titulares interinos tienen incluso facultades dispositivas, como las que tienen los administradores de los bienes del ausente, de modo que aún sin contar*

---

<sup>287</sup> OSSORIO MORALES, *Op. cit.*, pág. 283.

<sup>288</sup> RJ 1988, 316.

*con el consentimiento de los titulares preventivos -en el presente supuesto imposible- pueden realizarse actos dispositivos plenamente eficaces.*

*Así, pues, los nietos ya existentes tienen, respecto de la parte legada a todos los nietos y en cuanto a la parte correspondiente a los posibles futuros nietos las mismas facultades particionales que tendría el administrador del ausente en cuanto a la cuota a que estuviere llamado el ausente...”.*

Por lo expuesto hasta el momento, se entiende que nuestra doctrina y la DGRN afirman que el fiduciario, siempre que el testador no lo haya prohibido y que cuente con la autorización previa del juez, podrá enajenar por sí solo los bienes fideicomitidos en los supuestos en que los fideicomisarios sean inciertos, o desconocido alguno de ellos, o, incluso, en aquellos casos en los que aún no hayan nacido.

Pero entonces, ¿podrá el fiduciario disponer de los bienes fideicomitidos por la misma razón de utilidad-necesidad, y con la previa autorización del juez, en los supuestos en los que los fideicomisarios sean menores de edad, y basándose en su patria potestad, sean los propios padres-fiduciarios los que deciden enajenar los bienes de los hijos-fideicomisarios?

Mediante la línea marcada por la DGRN, entre otras, en su Resolución de 10 de marzo de 1.944<sup>289</sup> anteriormente expuesta, hemos de llegar a la conclusión de que un fiduciario-padre de un fideicomisario aún no nacido sí puede enajenar los bienes fideicomitidos si lo necesita o le es útil (siempre con la autorización judicial y aplicándose el principio de subrogación real), pero, en cambio, ese mismo fiduciario, en el supuesto de que su hijo-fideicomisario fuese un bebé, no podría llevar a cabo la misma enajenación aun necesítandolo o siéndole de gran utilidad, aun cuando la no disposición atente contra los intereses del propio fideicomisario.

¿Y tiene esto algún sentido? En nuestra opinión no, aunque entendemos que el procedimiento para llevar a cabo este tipo de enajenaciones ha de ser efectivamente el que el C.c. establece para la administración de los bienes del ausente mediante la aplicación del artículo 186, párrafo 3º del C.c., aplicándose dicho precepto directamente

---

<sup>289</sup> RJ 1944, 517.

en virtud del artículo 4<sup>290</sup>, es decir, pura y exclusivamente por analogía, y no a través de los artículos 801 a 804, los cuales, para regular la administración de los bienes de la herencia dejada bajo condición suspensiva, remiten igualmente al artículo 186, párrafo 3°.

En esta línea, los autores DÍEZ-PICAZO y GULLÓN<sup>291</sup> ignoran igualmente la posibilidad de acudir a la regulación de la herencia dejada bajo condición suspensiva (artículos 801 a 804 del C.c.) para aplicar directamente por analogía el procedimiento de administración de los bienes del ausente, cuando establecen: *“Sin embargo, negar al fiduciario poder de disposición en casos de necesidad o utilidad evidentes sería perjudicial para los intereses de los futuros titulares de la herencia. De ahí que deba aplicarse por analogía el artículo 168, párrafo 3° (hay un error en la enumeración por parte de los autores, ya que como venimos exponiendo es el artículo 186, párrafo 3°, y no el 168), que permite al representante del ausente enajenar bajo aquellos presupuestos y con la preceptiva autorización judicial, que ha de determinar el empleo de la cantidad obtenida. Aunque el fiduciario no puede ser equiparado a un administrador de bienes ajenos como representante del ausente, no hay duda de que también está conservando unos bienes para otro”*.

Eso sí, debemos añadir que ha de acreditarse previamente a la autorización judicial la necesidad que se padece por parte del fiduciario o la evidencia de la utilidad de la enajenación del bien o los bienes fideicomitados.

En cuanto al principio de subrogación real, éste ha sido proclamado por la jurisprudencia<sup>292</sup> y por la doctrina<sup>293</sup>, destacando ROCA SASTRE<sup>294</sup> que *“el fenómeno de la subrogación real debe ser admitido en las sustituciones fideicomisarias con la extensión o alcance derivado de su naturaleza institucional (...). Creemos que igualmente debiera permitirse la permutación de bienes fideicomitados por otros, cuando razones de mejor rentabilidad, facilidad de explotación, dificultades de*

---

<sup>290</sup> El artículo 4 del C.c. dispone que: *“Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie entidad de razón”*.

<sup>291</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Op. cit.*, pág. 101.

<sup>292</sup> Destaca, en tal sentido, la STS de 25 de octubre de 1.954, RJ 1954, 454.

<sup>293</sup> Entre otros, PUIG BRUTAU, *Op. cit.*, pág. 567 y ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., págs. 340 y 341.

<sup>294</sup> ROCA SASTRE, Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia, en las anotaciones a ENNECCERUS, KIPP y WOLF, Tomo V, Volumen 2, 1.951, pág. 105.

*conservación u otra causa idónea lo justificare, y previo cumplimiento de adecuadas garantías, adoptadas con intervención judicial”.*

Dicho lo anterior, y sin que quepa duda de que el precio del bien fideicomitado enajenado se subroga en el puesto del mismo, debemos dejar expuesto que en los casos en que la enajenación del bien fideicomitado tenga como finalidad obtener metálico para cubrir obligaciones o cargas de la herencia fideicomitada no se dará la subrogación, ni tampoco en los supuestos en que lo obtenido mediante la enajenación haya sido consumido directamente por el fiduciario para atender a sus gastos de enfermedad u otros similares, ya que estos supuestos, bajo nuestro punto de vista, han de quedar englobados en los “*gastos legítimos*” que recoge el 783.2º del C.c.

Como conclusión, dejamos expuesto que en los casos de necesidad o utilidad hay que considerar legitimado al fiduciario para disponer, por sí mismo, de los bienes fideicomitados, siempre y cuando haya obtenido la indispensable autorización judicial, previa justificación de tales circunstancias, y aplicándosele el principio de subrogación real, cuya aplicación conlleva al cierre completo del círculo institucional, salvaguardando el interés del fideicomisario, habiendo cumplido su deber el fiduciario, y reintegrándose al tráfico los bienes fideicomitados.

Regulación muy diferente es la que se le otorga en los Derechos Forales a la posibilidad de enajenar los bienes fideicomitados como libres por razones de necesidad o utilidad por parte del fiduciario con autorización judicial.

Y es que la principal diferencia es, simplemente, que tal posibilidad se regula en los Derechos Forales, a diferencia de lo que ocurre en nuestro Derecho Común.

Así, en el C.c. Catalán, expone el artículo 426-40, en su punto 1º, que “*el fiduciario puede enajenar bienes de la herencia o el legado fideicomisos, libres del fideicomiso, para reemplazarlos por otros que queden sujetos al mismo por subrogación real, a fin de obtener más rendimiento o utilidad*”. Y continúa el punto 2º de dicho artículo reflejando que “*(...) Si el fideicomitente no ha ordenado nada sobre esta facultad, sólo puede ejercerse previa autorización del juez competente*”.

Igualmente, se recoge en el artículo 34 de la Compilación Balear que “*también podrá el fiduciario, previa autorización judicial, siempre que el testador no lo hubiera prohibido*

*expresamente, enajenar y gravar los bienes fideicomitidos e invertir el contravalor, en su caso, en otros de mayor rentabilidad o utilidad en sustitución de los enajenados”.*

Por último, expresa la Ley 233 de la Compilación de Navarra que *“el fiduciario podrá enajenar y gravar los bienes como libres en los casos y modos siguientes: 2º. (...) El fiduciario podrá hacerlo por autorización del juez competente, que la concederá sólo en casos de necesidad o utilidad evidente, en acto de jurisdicción voluntaria y adoptando las medidas oportunas para asegurar la subrogación”*, mientras que su Ley 235, titulada *Subrogación*, dispone que *“siempre que, conforme a las Leyes anteriores, el fiduciario enajenare como libres o sustituyere bienes objeto del fideicomiso, quedarán afectos a éste el dinero o los bienes que los sustituyeron por subrogación”*.

#### **5.1.6.- Facultades de las que carece el fiduciario en el Derecho Común, y que, sin embargo, se contemplan a su favor en los ciertos Derechos Forales**

Existen algunas facultades de gran importancia reconocidas a favor de los fiduciarios en los Derechos civiles forales, debido a su alcance y efectos jurídicos, que en nuestro Derecho civil común ni siquiera se contemplan. Nos referimos a las siguientes:

##### **5.1.6.a).- Libertad de elección de fideicomisarios, y de distribución de herencia**

En la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra se establece, en su artículo 236, que lleva por título *“Autorización al fiduciario para elegir fideicomisarios”*, que *“el disponente puede autorizar al fiduciario para elegir libremente el fideicomisario o fideicomisarios entre los señalados por aquél y determinar la distribución de los bienes igual o desigualmente. Salvo que el disponente lo hubiera autorizado, el fiduciario no podrá imponer limitaciones a los fideicomisarios a no ser que resulten en beneficio de otros de los fideicomisarios señalados por el disponente.*

*Si el fiduciario hiciera por testamento la elección del fideicomisario y la distribución de bienes, podrá revocarla libremente. Si la hiciera por contrato sucesorio o acto inter vivos, será irrevocable, sin perjuicio de la facultad de nombrar otro fideicomisario en caso de que el nombrado falleciere o deviniere incapaz o renunciare antes de deferirse el fideicomiso.*

*Si el fiduciario no hiciera uso de esa facultad, todos los fideicomisarios los serán por partes iguales. En este caso, y cuando el disponente no hubiere designado nominativamente a los fideicomisarios, la determinación podrá hacerse por acto notarial de notoriedad o información ad perpetuam memoriam”.*

Tal y como expone NANCLARES VALLE<sup>295</sup>, en Navarra, la autorización del disponente no obliga al fiduciario a elegir fideicomisarios sino que, simplemente, le otorga la facultad de hacerlo.

En el Derecho Civil Catalán, por su parte, se regula en el artículo 426-11 del C.c., llevando por título *“Fideicomiso de elección y de distribución”*, y en el que, de forma más extensa que en la Compilación Navarra, se proporciona unas reglas para resolver la elección del fideicomisario por parte del fiduciario, en el primer caso, o la distribución de la herencia entre varios fideicomisarios, en el segundo.

Así se desprende del contenido del artículo referido, cuando expone: *“si el causante atribuye al fiduciario la facultad de elegir al fideicomisario entre personas que designa por sus nombres o circunstancias, o que forman un grupo determinado, o la de distribuir la herencia entre los fideicomisarios, deben observarse sus disposiciones y, supletoriamente, las siguientes reglas:*

- a) La elección puede recaer en una, varias o todas las personas designadas, pero, si se trata de hijos, el fiduciario sólo puede escoger a nietos que sean hijos de un premuerto.*
- b) Si elige a varios fideicomisarios, puede fijarle cuotas iguales o desiguales; si no lo hace, lo son por partes iguales.*
- c) No pueden imponerse al elegido condiciones, prohibiciones de disponer u otros modos, fideicomisos ni ninguna otra carga o limitación, pero pueden serle ordenadas sustituciones vulgares a favor de otros designados.*
- d) La elección debe hacerse personalmente en testamento, codicilo o pacto sucesorio, en que debe expresarse que se hace uso de la facultad de elegir, sin que sea admisible delegarla ni encomendarla a un apoderado. La elección puede hacerse también por actos entre vivos, en una escritura pública, que es*

---

<sup>295</sup> NANCLARES VALLE, “Sustituciones Fideicomisarias en Navarra”. En: M<sup>a</sup>. Gete-Alonso y Calera (directora), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, Editorial Aranzadi, Navarra, 2.011, pág. 1.110.

*irrevocable, sin perjuicio de la facultad de nombrar a otro fideicomisario si el nombrado muere o renuncia antes de deferirse el fideicomiso.*

- e) Si en la herencia propia el fiduciario ha nombrado heredero a alguno o algunos de los fideicomisarios, en defecto de elección o distribución expresa, se entiende que la elección o la distribución se hace a favor de estos.*
- f) Si no se ha hecho elección ni distribución, los elegibles son fideicomisarios por partes iguales”.*

Como puede comprobarse, en el Derecho Civil de Navarra y Cataluña existe una doble facultad a favor de los fiduciarios, siempre y cuando hayan quedado fijadas por el testador, que en el Derecho Común no se da: por un lado, la de poder elegir cuál de los fideicomisarios establecidos por el testador pasará a heredar los bienes fideicomitidos; y por otro, el hecho de poder distribuirlos entre ellos a su antojo.

Por nuestra parte, consideramos que el hecho de no recogerse tal posibilidad de elección y distribución a favor del fiduciario en nuestro C.c., no quiere decir que dicha posibilidad no pueda realizarse en el Derecho Común. Y es que, ¿por qué no va a poder darse esta facultad a favor de los fiduciarios en el Derecho Común? ¿Acaso la voluntad del testador no es ley en el Derecho Sucesorio? ¿Qué impide, entonces, al testador del Derecho Común establecer en su testamento que el fiduciario pueda designar libremente a los fideicomisarios, o como deberán repartirse entre éstos los bienes fideicomitidos?

#### **5.1.6.b).- La detracción de la cuarta trebeliánica o cuota libre**

La cuarta trebeliánica o la cuota libre es la cuarta parte de los bienes fideicomitidos que el primer heredero fiduciario (no legatario) tiene derecho a adquirir en plena y libre propiedad siempre que cumpla con los requisitos legales.

Tal y como expusimos en el primer capítulo del trabajo, esta figura tiene su origen en el Derecho Romano, creándose con la finalidad de estimular a los herederos a que aceptasen la herencia, ya que los fiduciarios en los fideicomisos romanos (no en las sustituciones fideicomisarias) tenían como única finalidad la de transmitir inmediatamente la herencia al fideicomisario, careciendo por ello de interés alguno su aceptación por parte del fiduciario.

De ahí el incentivo que supuso la *cuarta* Trebeliánica en Roma, ya que permitía al fiduciario que aceptase la herencia fideicomitada, detraer para sí una cuarta parte de la misma.

En nuestro Derecho Común, fue la Comisión general de Codificación de la Ley de Bases de 1.882, la que declaró que la cuarta trebeliánica no tenía sentido en la actual sustitución fideicomisaria, prohibiéndola para el futuro C.c., aunque hemos de reconocer que dicha decisión se adoptó por una insignificante mayoría.

Así se desprende de las palabras de ALONSO MARTÍNEZ<sup>296</sup> cuando cuenta que *“sólo quedaba por resolver una duda; la de si para lo futuro debería subsistir la deducción de la cuarta trebeliánica. En Aragón no está admitida. El representante de Navarra la impugnó vivamente. Un ilustre Magistrado pidió su mantenimiento, pero sólo en un espíritu de concordia, por tratarse de elaborar un Código común a toda España y estar admitida la cuarta trebeliánica en Cataluña. La mayoría de la Comisión entendió que no debía subordinar a este criterio una resolución tan importante, en la que tampoco hacía hincapié el S. Durán y Bás. (...) Pero en España el sistema sucesorio ha cambiado radicalmente. Para la validez y eficacia del testamento, no son necesarias la institución de heredero ni la adición de la herencia, y una vez restituida esta al fideicomisario, queda el fiduciario exento de toda responsabilidad en frente de los acreedores de la testamentaria. Por consiguiente, la cuarta trebeliánica no tiene razón de ser entre nosotros, y la ley no debe permitir que el fiduciario retenga para sí parte alguna de la herencia, salvo el caso de que le haya autorizado para ello el testador, cuya voluntad es siempre digna de respeto”*. Y concluye este párrafo el autor exponiendo que *“así lo declaró la Comisión, aunque por insignificante mayoría”*.

Antes de pasar a su regulación en los Derechos Civiles de Cataluña y Baleares, entendemos oportuno remarcar que una de las notas características de la cuarta trebeliánica es que ésta se aplicará por defecto, disfrutando los fiduciarios del derecho a detraerla siempre y cuando el testador no se haya opuesto a su aplicación.

En el C.c. catalán la figura se mantiene con la idea de aumentar las facultades de disposición del fiduciario sobre una parte de la herencia fideicomitada, quedando ello reflejado en la nueva denominación que le otorga el C.c. a la cuarta trebeliánica, que pasa a llamarse *“cuota libre”*. ¿Libre de qué? Pues del fideicomiso. Es decir, que el

---

<sup>296</sup> ALONSO MARTÍNEZ, *Alonso Martínez. Vida y Obra...*, cit., págs. 1.220 y 1.221.

fiduciario no deberá conservar y restituir dicha cuota a favor del fideicomisario, sino que será propietario de la misma desde la aceptación de la herencia fideicomitida.

Del mismo modo lo entiende SOLÉ RESINA<sup>297</sup> al manifestar que en Cataluña, *“aunque el fideicomiso se siga configurando como un instrumento que permite mantener el patrimonio dentro de la familia, con el reconocimiento del derecho a la cuarta trebeliánica se pretenden minimizar los efectos que comporta la vinculación de los bienes aumentando las facultades dispositivas del fiduciario sobre una parte de la herencia fideicomitida”*.

Entiende MARTÍNEZ MARTÍNEZ<sup>298</sup> *“que la ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña, ha introducido, según nuestro criterio, ciertas novedades dignas de mención. Introduce una nueva terminología, el legislador se refiere ahora a la cuarta trebeliánica o cuota libre. Se trata de hacer especial énfasis en la función que ahora está llamada a cumplir, identificando la cuarta trebeliánica ya desde un inicio con una cuota libre del fideicomiso”*.

El heredero fiduciario que adquiere la herencia en primer lugar (por haberla aceptado), y practique el debido inventario, tendrá derecho a la cuarta trebeliánica siempre que el testador no lo haya prohibido (artículo 426-31.1).

La cuarta trebeliánica consistirá en la cuarta parte de los bienes relictos por el fideicomitente, una vez deducidas las cargas y deudas de la herencia, los gastos de última enfermedad y de entierro o incineración del causante, los legados y las legítimas, incluida la del fiduciario que sea legitimario (artículo 426-32).

Como se ha indicado, para que el heredero fiduciario tenga derecho a la cuota libre será necesario que haya hecho inventario al recibir la herencia y haya prestado, si procede, las garantías a que se refiere el artículo 426-21, así como que haya pagado o afianzado las deudas y cargas de la herencia y las legítimas (art. 426-31.3).

En tal sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de diciembre de 2003<sup>299</sup> nos advierte de que *“queda hoy en manos del fiduciario hacerse el pago de la cuarta al momento de efectuar el inventario o no hacerlo entonces y*

---

<sup>297</sup> SOLÉ RESINA, *El fideicomiso...*, cit., pág. 1.028.

<sup>298</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Op. cit.*, págs. 750 y 751.

<sup>299</sup> JUR 2004, 30495.

*deferirlo para un momento posterior, pero, en este caso, el sobrevalor y desvalor del bien inmueble, cuando no hay dinero en la herencia, corre a su cargo, es decir, a su beneficio o perjuicio. Como sucede con los demás bienes de la herencia, cuando, como aquí, el fiduciario no ha determinado en el momento del inventario los bienes concretos que integran la cuarta trebeliánica, lo que en absoluto puede perjudicar al fideicomisario que no intervino en la formación de aquél”.*

Para detraer la cuarta trebeliánica o cuota libre, el fiduciario debe otorgar escritura pública, previa notificación a los fideicomisarios o curadores de acuerdo con lo establecido por el artículo 426-42.

La cuota libre sólo podrá detraerse una vez, correspondiendo tal derecho al fiduciario que adquiriera la herencia en primer lugar, aunque éste podrá declinar tal derecho a favor del fideicomisario (artículo 426-31.2).

Manifiesta RIVAS MARTÍNEZ<sup>300</sup> que “*el derecho a detraer la cuarta trebeliánica corresponde únicamente al heredero fiduciario que adquiriera la herencia fideicomisa en primer lugar. Es decir, se concede no al primer fiduciario, sino al primero que llegue a adquirir efectivamente la herencia fideicomitada*”.

También SOLÉ RESINA<sup>301</sup> señala que “*sólo el heredero fiduciario que adquiere en primer lugar la herencia fideicomitada tiene derecho a la cuarta trebeliánica o cuota libre. (...) De este modo, el derecho a la cuarta trebeliánica o cuota libre se reconoce al heredero fiduciario que ha aceptado la herencia en primer lugar, que puede ser el primer llamado a la herencia o un sustituto vulgar de aquél*”.

En la misma línea que la figura catalana, como en casi todo lo referente a la regulación de la sustitución fideicomisaria, regula la Compilación del Derecho Civil Balear la cuarta trebeliánica, concretamente en su artículo 29, donde establece que: “*El fiduciario que hubiere practicado inventario de la herencia fideicomitada podrá detraer la cuarta trebeliánica si el fideicomitente no lo hubiere prohibido expresamente. Este derecho se transmitirá a sus herederos.*

---

<sup>300</sup> RIVAS MARTÍNEZ, *Op. cit.*, 2.009, pág. 1.313.

<sup>301</sup> SOLÉ RESINA, *El fideicomiso...*, cit., pág. 1.029.

*La trebeliánica consiste en la cuarta parte de la herencia fideicomitida previa deducción de los gastos y deudas y de las legítimas, incluso la que corresponda al propio fiduciario”.*

Para el cálculo de la cuarta Trebeliánica del Derecho balear establece la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 8 de febrero de 2000<sup>302</sup>, en su Fundamento 4º.1, que: *“para el cómputo de la cuarta trebeliánica de la herencia fideicomitida no solamente deben tenerse en cuenta el valor de los bienes que ya constituían el patrimonio fideicomitado en el momento de la muerte del fideicomitente, sino que también el valor de las mejoras y accesiones incorporadas a aquellos bienes durante el periodo en que éstos han permanecido en poder del fiduciario”.*

Del contenido del referido artículo 29 de la Compilación Balear se desprende la gran similitud existente en la regulación de la figura con la del C.c. Catalán, con la que coincide, entre otros extremos, en los requisitos esenciales exigidos para que el fiduciario pueda detraerla, que son: la no prohibición por el testador y la formalización de inventario en un plazo determinado de tiempo tras la delación.

## **5.2.- Obligaciones del fiduciario**

### **5.2.1.- Conservar la herencia y transmitirla al fideicomisario**

En diferentes puntos del trabajo hemos dejado expuesto ya la doble obligación fundamental del fiduciario de conservar la herencia como un buen padre de familia y, llegado el momento, transmitirla al fideicomisario sin más deducciones que las señaladas en los artículos 781 y 783.2º del C.c. (de hecho, son las únicas que le impone expresamente el Código), por lo que ahora nos toca destacar otras “posibles” obligaciones del fiduciario.

### **5.2.2.- Formalizar inventario y prestar garantía**

A diferencia de lo que ocurría en el Derecho Romano, el Código civil no impone al fiduciario el deber de formalizar inventario.

---

<sup>302</sup> RJ 2000, 1353.

Dicho esto, lo cierto es que la gran mayoría de autores sostienen implícita la obligación de formalizar inventario en el artículo 783 del C.c., deduciéndose concretamente de su obligación de conservar.

Para llegar a tal conclusión usan como argumento la aplicación análoga del artículo 491<sup>303</sup> del C.c., que obliga al usufructuario a hacer inventario y prestar fianza, y la del 977<sup>304</sup> del mismo Cuerpo legal, que obliga al viudo o viuda que repita matrimonio a inventariar los bienes sujetos a reserva.

Nosotros también entendemos lógico que a la apertura de la sucesión hayan de inventariarse los bienes fideicomitidos, ya que, de lo contrario, llegado el momento de la restitución de la herencia fideicomitida, el fideicomisario podría ver completamente burlado su derecho. O dicho de otra forma, consideramos que la realización de un inventario de los bienes fideicomitidos es la única forma de saber si la restitución se lleva a cabo con las deducciones permitidas en la ley.

De los autores que entienden que el fiduciario está obligado a hacer inventario destacan, entre otros, PUIG FERRIOL<sup>305</sup>, OSSORIO MORALES<sup>306</sup>, CASTÁN<sup>307</sup>, MANRESA<sup>308</sup>, LACRUZ BERDEJO<sup>309</sup>, SÁNCHEZ ROMÁN<sup>310</sup>, ALBALADEJO<sup>311</sup>, y GONZÁLEZ PORRAS<sup>312</sup>; y muy recientemente así lo sigue manifestando DÍAZ ALABART<sup>313</sup>, que expresa que *“como es sabido los fiduciarios, ya sean ordinarios o de residuo, están obligados a elaborar un inventario de los bienes recibidos de su fideicomitente, ya que es el único modo de que dichos bienes no terminen por confundirse con los que conforman el patrimonio propio del fiduciario”*.

---

<sup>303</sup> Dispone el artículo 491 del C.c.: *“El usufructuario, antes de entrar en el goce de los bienes, está obligado: 1º A formar, con citación del propietario o de su legítimo representante, inventario de todos ellos, haciendo tasar los muebles y describiendo el estado de los inmuebles. 2º A prestar fianza, comprometiéndose a cumplir las obligaciones que le corresponden con arreglo a esta sección”*.

<sup>304</sup> El artículo 977 del C.c. establece: *“El viudo o viuda, al repetir matrimonio, hará inventariar todos los bienes sujetos a reserva, anotar en el Registro de la Propiedad la calidad de reservables de los inmuebles con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, y tasar los muebles”*.

<sup>305</sup> PUIG FERRIOL, *Op. cit.*, págs. 70 y 71.

<sup>306</sup> OSSORIO MORALES, *Op. cit.*, pág. 284.

<sup>307</sup> CASTÁN, *Op. cit.*, pág. 488.

<sup>308</sup> MANRESA, *Op. cit.*, pág. 310.

<sup>309</sup> LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., pág. 276.

<sup>310</sup> SÁNCHEZ ROMÁN, *Op. cit.*, pág. 702.

<sup>311</sup> ALBALADEJO, *Op. cit.*, pág. 309.

<sup>312</sup> GONZÁLEZ PORRAS, *Curso de Derecho Civil IV, Derechos de familia y Sucesiones*, 5ª Edición, Coord. Sánchez Calero, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2.009, pág. 517.

<sup>313</sup> DÍAZ ALABART, “La interpretación de la voluntad del fideicomitente en el fideicomiso de residuo”, *Revista de Derecho Privado*, Editorial Reus, Madrid, Núm. 1, Enero-Febrero 2015, pág. 15.

Mientras, en la posición contraria únicamente encontramos a ROCA SASTRE<sup>314</sup> argumentando que la obligación de hacer inventario no es exigible al fiduciario porque “no se lo impone la ley”.

Donde no cabe duda de la obligación del fiduciario de formalizar inventario tras la delación de la herencia fideicomitida es en ciertos Derechos Forales. Concretamente nos referimos a las Islas Baleares y Cataluña, donde la formalización del inventario queda recogida como una de las obligaciones generales del fiduciario, y se regula de forma bastante completa.

Así, en el artículo 37, párrafo 3º, de la Compilación de Baleares, se le exige al fiduciario “*formalizar inventario con citación de los fideicomisarios conocidos o del Ministerio Fiscal, en el caso de que no lo fueran o no lo conocieran. El inventario se practicará conforme a las normas establecidas para la cuarta trebeliánica*”.

En este sentido, establece el artículo 29, párrafo 3º, que para poder detraer en su momento la cuarta trebeliánica, el fiduciario deberá cumplir inexcusablemente con los siguientes requisitos:

- a) Que el inventario de la herencia fideicomitida, que necesariamente deberá ser judicial o notarial, esté terminado dentro de ciento ochenta días siguientes a la delación de la herencia, a excepción de que los bienes que la constituyan se encuentren en municipios distintos, o que el fiduciario resida fuera de la isla, en cuyos supuestos el plazo será de un año. El retraso no imputable al fiduciario no computará a los efectos de este párrafo;
- b) Deberá convocarse con treinta día de antelación a los fideicomisarios si fueran conocidos, y de no serlo, al representante del Ministerio Fiscal. En los fideicomisos condicionales se entenderán a estos efectos como fideicomisarios conocidos los que en el momento de practicarse el inventario ostenten la calidad de fideicomisarios, aunque tal titularidad esté sujeta a la condición y, como consecuencia, no sea definitiva.
- c) Se efectuará el inventario en el lugar en que el causante hubiera tenido su último domicilio habitual.

Por su parte, en Cataluña la obligación de hacer inventario se regula en el artículo 426-20.1 de su C.c., en el cual se establece que “*El fiduciario debe tomar inventario de los*

---

<sup>314</sup> ROCA SASTRE, *Estudios...*, cit., pág. 309.

*bienes de la herencia o del legado fideicomitido, a cargo de la misma herencia o del mismo legado”.*

Así, aparece como una obligación general mientras el fideicomiso esté pendiente, con independencia de que también se establezca como requisito *sine qua non* para que el fiduciario pueda detraer la cuarta trebeliánica (artículo 426-31.3).

Para RIVAS MARTÍNEZ<sup>315</sup> la de hacer inventario “*es una obligación o requisito objetivo que obliga al fiduciario y que puede ser considerada como una obligación instrumental, es decir, aquella que es necesario cumplir por el propio modo de ser la institución y su buen cumplimiento y mediante ella se determina y especifica de forma fehaciente el contenido del caudal fideicomiso, con la enumeración y determinación de los bienes y derechos que quedan sujetos al gravamen restitutorio que implica el fideicomiso con el propio del fiduciario y además concreta y determina la base que se va a tener en cuenta para la detracción y cuantía de la cuarta trebeliánica”.*

En el Derecho Civil catalán, con el que vuelve a coincidir el balear, se exige que la realización del inventario se deba cerrar en seis meses frente a juez o notario.

Pero en Cataluña, el inventario redunda en beneficio del fiduciario también en otro sentido, ya que el fiduciario universal que ha tomado inventario en tiempo y forma responde de las deudas del causante de acuerdo con el régimen de aceptación de la herencia a beneficio de inventario (artículo 426-25), con los beneficios que ello puede conllevar.

Bajo nuestro punto de vista, resulta un poco contradictorio el hecho de que en el artículo 426-20 el legislador catalán esté exigiendo como obligación general para todos los fiduciarios la toma de inventario, y en el artículo 426-25, en cambio, la presente como un incentivo para aquellos fiduciarios que opten por formalizarlo.

Por su parte, en Navarra, mediante la Ley 231 de la Compilación, aunque no se le obliga al fiduciario a formalizar inventario, sí que faculta al fideicomisario para que se lo pueda exigir en cualquier momento.

---

<sup>315</sup> RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de...*, 2.009, cit. pág. 1.302.

En cuanto a la decisión de si debe o no el fiduciario prestar garantía, lo cierto es que la doctrina se encuentra un poco más dispersa.

Los autores que se posicionan a favor de considerar como obligación del fiduciario el prestar una caución o garantía lo hacen basándose, principalmente, en la analogía con el usufructo y, sobre todo, con el heredero a término del artículo 805<sup>316</sup> del C.c., así como en el contenido de la antiquísima Sentencia de nuestro Tribunal Supremo, de fecha 21 de diciembre de 1.892.

OSSORIO MORALES<sup>317</sup> expone que *“por lo que respecta a la caución o fianza que está obligado a prestar el usufructuario (artículo 491.2º) aunque las opiniones son contradictorias, parece que también debe ser exigible al fiduciario (Sentencia 21 de diciembre de 1.892), con base además en el artículo 805 del Código que contempla una situación en cierto modo semejante, cuando refiriéndose al heredero legítimo llamado provisionalmente a la herencia hasta que llegue el día señalado en el testamento para que comience el efecto de la institución de heredero a término suspensivo, dispone que no entrará aquél en la posesión de los bienes sino después de prestar caución suficiente. Vid. Sin embargo Sentencia de 29 de enero de 1.916, de la cual parece deducirse la no obligatoriedad de prestar caución o fianza el fiduciario, a menos que el testador le haya impuesto la obligación de afianzar”*.

Otros autores, como LACRUZ BERDEJO<sup>318</sup>, se limitan a decir que la jurisprudencia en este sentido es contradictoria, y por ende la solución difícil, ya que *“la Sentencia de 21 de diciembre de 1.892 dice que el fideicomisario puede exigirla al fiduciario, y la Sentencia 29 de enero de 1.916 niega esa posibilidad. La solución es dudosa”*.

Los autores que se posicionan en contra de que el fiduciario quede obligado a prestar fianza, junto al hecho de que no cabe aplicar por analogía el deber de afianzar que el artículo 491.2º del C.c. impone al usufructuario, alegan, como parece razonable, el contenido literal de la referida Sentencia de 29 de enero de 1.916, la cual expone que no infringe el artículo 491 la Sala que declara que el heredero fiduciario no viene obligado

---

<sup>316</sup> Dispone el artículo 805 del C.c.: *“Será válida la designación de día o de tiempo en que haya de comenzar o cesar el efecto de la institución de heredero o del legado.*

*En ambos casos, hasta que llegue el término señalado, o cuando éste concluya, se entenderá llamado el sucesor legítimo. Mas, en el primer caso, no entrará éste en posesión de los bienes sino después de prestar caución suficiente, con intervención del instituido”*.

<sup>317</sup> OSSORIO MORALES, *Op. cit.*, pág. 284.

<sup>318</sup> LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., pág.276.

a prestar fianza para garantizar la entrega, en su día, de los bienes hereditarios, pues dicho precepto se refiere al usufructuario, cuyo carácter no puede decirse que tenga aquél.

Así, entre otros, destaca ROCA SASTRE<sup>319</sup>: *“en cuanto a la caución o fianza, la no obligatoriedad de prestarla se deduce de las Sentencias de 24 de octubre de 1.860 y de 29 de enero de 1.916, según las cuales si el testador no ha impuesto la obligación de afianzar, no existe ésta, pues aquí no son aplicables las normas del usufructo”*.

Incluso, autores más recientes, como ALBÁCAR y DE CASTRO GARCÍA<sup>320</sup>, siguen amparándose en la Sentencia de 29 de enero de 1.916 para llegar a la conclusión de que el fiduciario no queda obligado a prestar fianza, a menos que el testador la haya impuesto.

Por nuestra parte, también consideramos que para que el fiduciario pueda heredar no se le debe exigir la prestación de fianza a su costa, ya que, volvemos a reiterar, al fiduciario hay que considerarlo como heredero en el más amplio sentido, con la salvedad de que lo será por un tiempo determinado.

Y es que, imaginemos el supuesto de una persona instituida fiduciaria que no tuviese liquidez para afrontar la caución, o de una persona incapacitada judicialmente sin ningún tipo de recurso. ¿Dejarían por ello de ser instituidos como fiduciarios privándosele del disfrute de la herencia, tal y como era intención del testador? Entendemos que no debe ser así, y por ello, apostamos por que el fiduciario herede la herencia fideicomitida sin necesidad de prestar fianza.

Eso sí, como la voluntad del testador es la norma básica que rige toda sucesión testada, en caso de que éste exija al fiduciario la prestación de una caución, entonces, no habrá dudas al respecto. Pero de no reflejar el causante nada en dicho sentido, el fiduciario heredará los bienes fideicomitidos por defecto y sin necesidad de prestar caución.

En cambio, y al igual que ocurriese con la formalización de inventario, en los Derechos Forales de Baleares y Cataluña sí se requiere prestación de garantía.

En Cataluña, el artículo 426-21.1 del C.c. establece que el fiduciario debe prestar garantía suficiente y a su cargo para asegurar los bienes muebles fideicomitidos, con

---

<sup>319</sup> ROCA SASTRE, *Estudios...*, cit., pág. 55.

<sup>320</sup> ALBÁCAR y DE CASTRO GARCÍA, *Op. cit.*, págs. 740 y 741.

excepción de aquellos bienes que no son susceptibles de desaparición o enajenación, o se encuentren en depósito o inversión. La obligación de prestar caución desaparece cuando los fideicomisarios son hermanos o hijos del fiduciario, salvo que el testador haya dispuesto otra cosa.

Por su parte, la Compilación Balear recoge en su artículo 30 que el fiduciario estará obligado a garantizar la restitución de los bienes fideicomitidos. En cuanto a las garantías, serán válidas, previo acuerdo de los interesados o, en su defecto, por decisión judicial, cualesquiera admisibles en Derecho, siendo suficiente, en lo que a inmuebles se refiere, la inscripción de la titularidad del fiduciario en el Registro de la Propiedad.

Por último, al igual que sucedía en cuanto a la formación de inventario por parte del fiduciario, la Ley 231 de la Compilación Navarra faculta al fideicomisario a exigir en cualquier momento del fiduciario la garantía de restitución de los bienes fideicomitidos. En defecto de acuerdo de los fideicomisarios, la garantía consistirá en:

- 1.- En la inscripción de los inmuebles en el Registro de la propiedad, con constancia del fideicomiso.
- 2.- En el depósito de los títulos-valores, en establecimiento bancario, con constancia del fideicomiso en los resguardos.
- 3.- En la caución que el juez estime suficiente cuando se trate de otros bienes.

### **5.2.3.- Responder limitada o ilimitadamente de las deudas del causante**

Nos encontramos aquí con otro de los problemas que se originan debido a la defectuosa e insuficiente regulación dedicada en nuestro C.c. a la sustitución fideicomisaria.

Aunque la opinión doctrinal dominante es la de que el fiduciario responde limitada o ilimitadamente de las deudas del testador, según haya aceptado la herencia con o sin beneficio de inventario, existe algún autor que no comparte dicho argumento.

En realidad, el único autor<sup>321</sup> que considera la responsabilidad del fiduciario frente a las deudas del testador no como una obligación, sino como uno de sus derechos, es ROCA

---

<sup>321</sup> O, mejor dicho, “casi” el único autor, ya que DE COSSIO se pronuncia, al menos momentáneamente, en el mismo sentido, tal y como exponemos a continuación.

SASTRE<sup>322</sup>, cuando indica que el fiduciario “no responde ultra vires hereditatis, pues es como un heredero normal que hubiera aceptado la herencia a beneficio de inventario. Y es que el fiduciario hereda un grupo de bienes que se mantiene en bloque o en su unidad, en vistas a su futura restitución; el destino de estos bienes está preordenado en una trayectoria fijada, y, por tanto, el fiduciario no los hace plenamente suyos, pues no puede disponer de ellos. El fiduciario no es un heredero libre, y por tanto, no adquiere efectivamente un valor libre. Sería absurdo que tuviera que pagar deudas hereditarias no siendo los bienes completamente suyos. Una vez ha aceptado la sucesión el fiduciario, se produce una confusión entre su patrimonio y el hereditario; pero esta confusión es provisoria o interina, pues una vez llegue el momento de la restitución desaparece esta confusión, y el fiduciario (suponemos que aquí el autor quiso decir acreedor) o sus herederos pueden reclamar los créditos que aquél tenía contra la herencia, y que mientras aquél era heredero se hallaban bloqueados o congelados por causa de confusión de titular”.

En su misma línea se posiciona DE COSSÍO<sup>323</sup>, al menos al comienzo de su razonamiento, cuando argumenta que “el heredero gravado de restitución como tal heredero temporal, no responderá ilimitadamente del pago de las deudas hereditarias, al no poder ser considerado como un heredero en plena propiedad, por lo que sin necesidad de usar del recurso de la aceptación a beneficio de inventario, no se verá obligado a responder más que con los bienes a que hubiere sido llamado por el testador o fideicomitente. Esta tesis generalizada en la doctrina...”. Desconocemos a qué otros autores se refiere DE COSSIO, pues no nombra a ninguno, aunque hemos de remarcar que nosotros, a lo largo de nuestra investigación, únicamente hemos encontrado en dicha línea argumental la opinión de ROCA SASTRE.

Sin embargo, una vez dicho esto, continúa el autor exponiendo que “en realidad el problema de la responsabilidad del fiduciario respecto de las deudas del causante, se vincula a la respuesta de esta pregunta: ¿es o no heredero? Porque si es heredero como afirma el Código civil y la jurisprudencia, es obvio que deberá responder –dada la norma expresada del Código civil– de las deudas incluso con sus propios bienes, si no acepta a beneficio de inventario. (...) Porque el Código civil dice que responde siempre el heredero, sin otra excepción que la antes indicada. En caso de que no se

---

<sup>322</sup> ROCA SASTRE, *Op. cit.*, pág. 48.

<sup>323</sup> DE COSSÍO, *Op. cit.*, págs. 34 y 35.

*aceptara esta solución el acreedor o acreedores podrían verse perjudicados en sus derechos nacidos de los créditos que contra el causante tuvieren”.*

En base a los argumentos que expone DE COSSÍO, no queda claro en qué corriente de autores posicionarlo, pero de lo que no nos cabe ninguna duda es de que la doctrina mayoritaria entiende que el heredero fiduciario responderá ilimitadamente (incluso con sus propios bienes) de las deudas frente a los acreedores (salvo que aceptase la herencia a beneficio de inventario), pudiendo exigir al fideicomisario lo pagado con su propio patrimonio como parte de los “*gastos legítimos*” expuestos con anterioridad.

Así, por ejemplo, entiende VALLET DE GOYTISOLO<sup>324</sup> que “*la responsabilidad ultra vires o intra vires frente a los acreedores del causante, afecta a éstos que son terceras personas respecto la relación entre fiduciario y fideicomisario. La respetabilidad de los derechos de aquéllos reclama las debidas garantías para que no sean defraudados. Para esto se halla establecida la aceptación a beneficio de inventario con su reglamentación legal a la que puede acogerse el heredero gravado de restitución*”.

Por su parte, CASTÁN nos cuenta que “*el heredero gravado de restitución, responde sin limitación de las deudas del causante si no ha aceptado la herencia a beneficio de inventario, pudiendo asimismo cobrar los créditos sin perjuicio de imputar el importe de aquéllas y éstos a la cuenta de la masa a restituir*”.

En la misma línea, PUIG BRUTAU<sup>325</sup> expone: “*Por otra parte, nos parece que si el heredero fiduciario no ha aceptado a beneficio de inventario, responderá personalmente a frente a los acreedores del causante, sin que cese esta responsabilidad por la circunstancia de sobrevenir la restitución de los bienes fideicomitados*”.

Los autores DÍEZ-PICAZO y GULLÓN<sup>326</sup> defienden en relación con las deudas y cargas de la herencia, que “*es lógico que en ningún sentido puedan verse perjudicado sus titulares por haber ordenado el testador su sucesión bajo la forma de una sustitución fideicomisaria. Además no debe olvidarse que el fiduciario es un heredero, sometido a restitución en forma pura o condicional, pero heredero al fin*”.

---

<sup>324</sup> VALLET DE GOYTISOLO, *Fideicomisos...*, cit., pág. 833.

<sup>325</sup> PUIG BRUTAU, *Op. cit.*, pág. 557.

<sup>326</sup> DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Op.cit.*, pág. 101.

Por su parte, O'CALLAGHAN argumenta que *“en cuanto a las deudas y cargas hereditarias el fiduciario, como heredero, debe satisfacerlas ultra vires (intra vires si se ha acogido al beneficio de inventario) tanto más cuanto los acreedores no pueden verse perjudicados por la sustitución fideicomisaria”*.

Bajo nuestro punto de vista, es indudable que la responsabilidad del heredero fiduciario ha de entenderse *ultra vires* para que puedan los acreedores del testador ver satisfechos sus derechos desde la apertura de la sucesión, ya que, de lo contrario, podría, incluso, llegar a usarse la sustitución fideicomisaria como medio para defraudar las garantías de los acreedores.

Imaginemos, por ejemplo, que X ostenta un crédito frente a B, pero que al fallecer B se descubre que éste instituye una sustitución fideicomisaria en la que son fiduciarios sus nietos mientras vivan, y fideicomisarios los hijos de éstos.

De no responder *ultra vires* el fiduciario frente a todas las deudas del testador, estaríamos admitiendo la posibilidad de que en tal supuesto, X debería sobrevivir a todos los nietos de B para poder exigir el cobro de su crédito. ¿Tiene esto algún sentido? Para nosotros ninguno. Y más teniendo en cuenta que venimos defendiendo durante todo el trabajo que el fiduciario es tan heredero como el fideicomisario, y de ahí que abogemos porque el fiduciario, como heredero que es, cuando acepte pura y simplemente la herencia, deberá responder de las deudas y cargas de la misma, no sólo con los bienes fideicomitados, sino también con los suyos propios, tal y como establece el artículo 1.003<sup>327</sup> del C.c. para cualquier heredero.

Llegados a este punto nos planteamos, ¿y cuándo podrá el fiduciario exigir al fideicomisario como *“gasto legítimo”* el importe de las deudas o cargas de la herencia cuyo pago se ha visto obligado a afrontar?

La mayoría de autores consideran que, en base al ya estudiado artículo 783.2º del C.c., el fiduciario podrá deducir los gastos que se haya visto obligado a afrontar únicamente cuando llegue el término o se cumpla la condición que conlleva la restitución de los bienes a favor de los fideicomisarios.

---

<sup>327</sup> El artículo 1.003 del C.c. establece: *“Por la aceptación pura y simple, o sin beneficio de inventario, quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios”*.

Así, entre otros, ALBALADEJO<sup>328</sup>, que al razonar cómo el fiduciario debe responder de las deudas de la herencia si acepta pura y simplemente, llega a la conclusión de que “...aunque, por supuesto, el fiduciario, de lo pagado en ese concepto de su bolsillo, puede resarcirse cuando entregue la herencia al fideicomisario”.

También O’CALLAGHAN<sup>329</sup>, en la misma línea, expone que “en cuanto a las deudas y cargas hereditarias, el fiduciario, como heredero, debe satisfacerlas ultra vires (intra vires si se ha cogido al beneficio de inventario), tanto más cuanto los acreedores no pueden verse perjudicados por la sustitución fideicomisaria. Pero, en su caso, puede, o bien hacer pago de deudas y cargas con los propios bienes fideicomitados hereditarios, o bien exigir su importe al fideicomisario cuando llegue el término o se cumpla la condición y le haga entrega de los mismos”.

Siempre en el mismo sentido manifiesta CÁMARA LAPUENTE<sup>330</sup> que “respecto al problema de la responsabilidad por deudas y cargas hereditarias, la doctrina mayoritaria entiende que el heredero fiduciario responderá frente a los acreedores ilimitadamente, salvo que aceptase a beneficio de inventario, pero podrá exigir en el momento de restitución al fideicomisario lo pagado con su propio patrimonio como gasto legítimo, ex art. 783.2”.

Por último, también SOLÉ RESINA<sup>331</sup> entiende que el fiduciario “podrá hacer el pago con los bienes hereditarios, o con bienes propios y exigir, en su caso, su importe al fideicomisario cuando llegue al término o se cumpla la condición y le haga entrega de los mismos”.

Tales afirmaciones, a nuestro entender, supondría para el fiduciario un perjuicio económico de gran calado. Y es que, no podemos obviar que la gran mayoría de la doctrina, incluyendo todos los autores que acabamos de exponer, considera que, por regla general, la sustitución fideicomisaria se entenderá establecida a término, siendo el término más común de duración de la institución el de la muerte del fiduciario.

Es decir, de apostar por la opción de que los fiduciarios únicamente podrían exigir a los fideicomisarios el pago de las deudas que han tenido que afrontar con su propio

---

<sup>328</sup> ALBALADEJO, *Comentario...*, cit., pág. 1.925.

<sup>329</sup> O’CALLAGHAN, *Comentario...*, cit., pág. 739.

<sup>330</sup> CÁMARA LAPUENTE, *Comentario...*, cit., pág. 894.

<sup>331</sup> SOLÉ RESINA, *Sustitución fideicomisaria...*, cit., pág. 988.

patrimonio en el momento que se cumpla la condición o se llegue al término fijado, estaríamos afirmando que, en la gran mayoría de los casos, ni siquiera sería el fiduciario el que podría exigir el pago a los fideicomisarios, sino que tendrían que ser sus herederos, ya que, entonces, el fiduciario habría fallecido, lo cual supondría, en nuestra opinión, la renuncia del fiduciario a la herencia fideicomitida, incumplándose con ello, finalmente, la voluntad del testador.

Por todo lo anteriormente expuesto, abogamos por la opción opuesta a los autores mencionados, es decir, por aquella que sustenta que el fiduciario que afronte el pago de deudas o cargas de la herencia con su propio patrimonio pueda detraerse en cualquier momento de la herencia fideicomitida las cantidades que haya tenido que afrontar, sin tener que esperar a que se cumpla la condición o a que se llegue al término fijado por el testador para que se produzca la restitución.

En la misma dirección únicamente hemos encontrado el pensamiento de los autores DÍEZ-PICAZO y GULLÓN<sup>332</sup> cuando exponen que *“si el fiduciario ha pagado de su propio patrimonio deudas y cargas hereditarias, es claro que posee ese derecho de detracción del que habla el artículo 783; es un ‘gasto legítimo’ o un ‘crédito’, aunque no parece que hasta el momento en que haya de restituir no tenga la posibilidad de cobrarse. El Código civil no establece ninguna regla limitativa al respecto, pues la ‘detracción’ lo mismo puede tener lugar al restituir la herencia que antes”*.

Eso sí, como cualquier heredero más, el fiduciario tiene la facultad de aceptar la herencia a beneficio de inventario, en cuyo caso se reduce su responsabilidad hasta donde alcancen los bienes hereditarios, tal y como establece el artículo 1.023<sup>333</sup> del C.c.

En el ámbito foral, resulta llamativa al respecto la novedad, expuesta anteriormente, que introduce en el C.c. Catalán la Ley 10/2008, de 10 de julio, ya que, a diferencia de lo que se recogía en el Código de Sucesiones (en el cual el fiduciario tenía que responder de las deudas y cargas de la herencia fideicomitida, incluso, con sus propios bienes si fuese necesario), el artículo 426-25 del actual C.c. expone que *“el fiduciario que haya*

---

<sup>332</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Op. cit.*, pág. 101.

<sup>333</sup> Por su parte, el 1.023 del C.c. dispone: *“El beneficio de inventario produce a favor del heredero los siguientes efectos: 1º. El heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma. 2º. Conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto. 3º. No se confunde para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenezcan a la herencia”*.

*tomado inventario en tiempo y forma responde de las deudas del causante de acuerdo con el régimen de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario”.*

En base a su redacción, parece ser una especie de premio al fiduciario que realice el inventario en tiempo y forma, pero, en realidad, tal y como expusimos anteriormente, todos los fiduciarios en Cataluña están obligados a tomar inventario (artículo 426-20.1), así que desde 2.008, se entenderá por defecto que los fiduciarios que cumplan la ley responderán de las deudas del causante de acuerdo con el régimen de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario.

Por su parte la Compilación Balear sigue recogiendo en su artículo 31 que *“el fideicomisario que no se acoja al beneficio de inventario responde de las deudas y obligaciones del causante, sin perjuicio del derecho a reintegrarse con cargo a la herencia”.*

Comenta FERRER VANRELL,<sup>334</sup> en cuanto a la responsabilidad por deudas y obligaciones del causante por parte del fiduciario en el Derecho balear, que *“el artículo 31 CDCB da el tratamiento al fiduciario de heredero, que lo es, por lo que desde que acepta la herencia es responsable de las deudas de la misma herencia, al subrogarse en la posición del fideicomitente. Esta cuestión fue muy debatida por la Tradadística del Derecho Intermedio por la especial situación del fiduciario, que tiene que entregar los bienes al fideicomisario.*

*Para atender a esta responsabilidad, el artículo 31 CDCB le otorga dos opciones al fiduciario, 1) que pague las deudas y obligaciones del causante sin perjuicio a reintegrarse con cargo a la herencia (...). 2) La otra opción que le otorga la Compilación es acogerse al beneficio de inventario, por lo que hasta donde alcancen los bienes de la herencia, éstos responderán de tales obligaciones”.*

#### 5.1.6.- Derecho del fiduciario al cobro de créditos de la herencia

---

<sup>334</sup> FERRER VANRELL, “Sustituciones fideicomisarias en el Derecho Balear”. En: M<sup>a</sup>. Gete-Alonso y Calera (directora), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, Editorial Aranzadi, Navarra, 2.011, pág. 1.072.

## VI.- POSICIÓN JURÍDICA DEL FIDEICOMISARIO

Debido a la parquedad dada por el C.c. a la regulación de la posición jurídica del fideicomisario, la primera cuestión capital que debemos plantearnos es la misma que nos hicimos al estudiar la figura del fiduciario: ¿nos encontramos frente a un auténtico heredero?

La doctrina es “casi” unánime al entender que el fideicomisario es tan heredero como el fiduciario, ya que, al establecer una sustitución fideicomisaria, lo que pretende el testador es instituir más de un heredero con su herencia, concretamente, uno después de otro, o lo que es lo mismo, que la intención del testador a través de la institución es que primero herede el fiduciario, para hacerlo posteriormente, una vez llegado el término o cumplida la condición, el fideicomisario.

Pero decimos que la doctrina es “casi” unánime, porque existe algún autor que entiende que el fideicomisario no puede ser heredero del testador, al considerarse heredero del fiduciario, por lo que defienden que el único y verdadero heredero del causante es el fiduciario.

El primero de los autores que piensa de tal forma fue VALLET DE GOYTISOLO<sup>335</sup>, al afirmar que *“heredero es el instituido, aunque su institución se halle sujeta a sustitución fideicomisaria y no el favorecido por esta institución, pues no es el sujeto en quien se opera el fenómeno sucesorio”*.

De atenernos, exclusivamente, al contenido literal del artículo 781 del C.c., podríamos entender el razonamiento del prestigioso autor, ya que establece: *“las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga **al heredero** que conserve y transmita a **un tercero...**”* (la negrita es nuestra). No cabe duda de que en dicho artículo se hace referencia al fiduciario como heredero, y al fideicomisario como un tercero, lo cual supone una confusión terminológica justificada<sup>336</sup>.

Sin embargo, estudiando la figura en profundidad, sólo se puede llegar a la conclusión de que el C.c. establece, claramente, como característica esencial de la sustitución fideicomisaria la del orden sucesivo de herederos.

---

<sup>335</sup> VALLET DE GOYTISOLO, *Fideicomisos...*, cit. pág. 837.

<sup>336</sup> Originada una vez más por la deficiente regulación dada a la institución que estudiamos, en nuestro originario, y actual, C.c.

Basándose en la opinión de VALLET DE GOYTISOLO también encontramos a RIVAS MARTÍNEZ<sup>337</sup>, cuando indica que: *“Herederero de una persona sólo es aquel en quien se opera este fenómeno sucesorio citado. Es quien por el solo hecho de la muerte del causante le sucede en todos sus derechos y obligaciones, pero sin perjuicio del indicado fenómeno o proceso de liquidación patrimonial. Cuando se llega a determinar el remanente líquido de la herencia, el que ha sido herederero ya no puede dejar de serlo por la poderosa y decisiva razón de que ya no hay motivo, necesidad ni posibilidad de repetir la liquidación. En el sentido indicado entendemos que el auténtico y único herederero del testador es el fiduciario. El fideicomisario sólo será adquirente del remanente hereditario que resulte de la liquidación de la herencia”*.

Sin embargo, nos llama la atención cómo el propio RIVAS MARTÍNEZ, pocas páginas después<sup>338</sup>, expone, ahora sí, al referirse a la condición de los fideicomisarios como herederos directos del fideicomitente en Cataluña, que *“la idea es clara: una vez producida la delación a su favor el fideicomisario adquiere el derecho al caudal fideicomitado, del mismo fideicomitente y no del fiduciario, ya que el fideicomisario sucede al fideicomitente, es decir, adquiere el título y el derecho a los bienes del mismo y además lo hace en igual concepto, por el mismo título que el fiduciario, o sea, si éste fue herederero, igual lo será el fideicomisario, y lo mismo si fue legatario o donatario”*.

¿Mantiene entonces RIVAS MARTÍNEZ que el fideicomisario es herederero en el Derecho Catalán, y no lo es, en cambio, en el Derecho Común? En nuestra opinión tal razonamiento no debe prosperar, y más aun teniendo en cuenta que el artículo 784 del C.c. expone que *“el fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario”*.

Lo cierto es que, aparte de los dos autores mencionados, el resto de la doctrina coincide en considerar al fideicomisario como herederero del fideicomitente.

Por todos, ALBALADEJO<sup>339</sup> cuando razona que *“al causante que establece la sustitución se le llama fideicomitente, al herederero que le hereda primero, herederero fiduciario o simplemente fiduciario a secas, porque recibe el encargo de confianza o*

---

<sup>337</sup> RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de...*, cit., 2.009, 1.176.

<sup>338</sup> RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de...*, cit., 2.009, 1.269.

<sup>339</sup> ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 146.

*fiducia, de tener la herencia y luego darla al heredero siguiente, que se llama heredero fideicomisario o fideicomisario, a secas”.*

En otra de sus obras<sup>340</sup> manifiesta que *“fiduciario y fideicomisario son herederos del fideicomitente. Éste es el causante de ambos. De la herencia que recibe el fiduciario, sin lugar a dudas. Pero también de la que recibe el fideicomisario, pues no es que éste herede al fiduciario, sino que hereda del fideicomitente los bienes que antes pasaron a aquél con el deber de entregárselos en su día. Le herencia no es herencia del fiduciario sino herencia del fideicomitente que va al fideicomisario después que al fiduciario. La recibe después; pero eso es todo”.*

Y es que, a todo ello hay que sumarle una cuestión: ¿en base a qué oponerse a la condición de heredero del fideicomisario, si fue ésta la voluntad del testador?

Insistimos en que, tal y como reconoce O’CALLAGHAN<sup>341</sup>, *“el fideicomisario es, como el fiduciario, heredero del fideicomitente”.*

Así también lo entiende nuestro Tribunal Supremo, como se acredita con el contenido, entre otras, de la Sentencia de 3 de marzo de 1.964<sup>342</sup>, en la que afirma que *“en la sustitución fideicomisaria queda abierta la herencia en el momento de la muerte del testador, que es el único causante, al que suceden los llamados sucesivamente, no sucediendo en ningún caso el fideicomisario al fiduciario, aunque sólo se perfeccione su derecho cuando se extinga la vida del primer llamado”.* Y en la misma línea, la STS de 22 de noviembre de 1.996<sup>343</sup>, a la que sigue después la de 29 de diciembre de 1.997<sup>344</sup>, que reitera que *“en el actual momento normativo resulta indiscutible que los herederos fideicomisarios heredan del fideicomitente, no del fiduciario”.*

También debemos tomar como ejemplo de la condición de heredero del fideicomisario la regulación dada a dicha figura en nuestros Derechos Forales. De este modo, en Cataluña, recoge el artículo 426-1.2 que *“los fideicomisarios suceden siempre al fideicomitente, aunque uno sea fideicomisario después de otro”*, mientras que, en Navarra, siempre en la misma línea que el Derecho Común así como el catalán, se

---

<sup>340</sup> ALBALADEJO, *Comentario...*, cit., pág. 1.926.

<sup>341</sup> O’CALLAGHAN, *Comentario...*, cit., pág. 739.

<sup>342</sup> RJ 1964, 1254.

<sup>343</sup> RJ 1996, 8285.

<sup>344</sup> RJ 1997, 9490.

recoge en la Ley 225: “*los fideicomisarios, aunque lo sean por llamamientos sucesivos, adquieran siempre del fideicomitente*”.

Una vez expuesta la consideración de heredero del fideicomisario, pasamos a distinguir los dos momentos jurídicos de mayor importancia en relación con las facultades que éste ostenta, que serían: primero, durante la fase fiduciaria (tomando dicha terminología de CASTÁN<sup>345</sup>), es decir, mientras el fiduciario ostenta la condición de heredero por haber sido el primer llamado a la herencia; y, segundo, una vez llegado el momento de la restitución fideicomisaria.

### **6.1.- Durante la fase fiduciaria**

Tratando la situación del fideicomisario durante la fase fiduciaria en las sustituciones fideicomisarias a término, dispone el artículo 784 del C.c. que el fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario, en cuyo caso, si premuere al fiduciario, transmitirá a sus propios herederos.

Dicho de otro modo, el fideicomisario tendrá un derecho perfecto pero no consumado, con efectividad suspendida.

Exponen DÍEZ-PICAZO y GULLÓN<sup>346</sup> que “*cuando el gravamen de restitución a cargo del fiduciario no depende del cumplimiento de condición alguna, los fideicomisarios adquieren sus derechos a la herencia desde la muerte del testador (art. 784), y los transmiten a sus herederos si mueren antes que la restitución se opere*”.

Hasta el momento de la restitución de la herencia fideicomitida, los fideicomisarios pueden ejercitar, en general (frente a los fiduciarios o, incluso, frente a terceros), las acciones procedentes para la conservación de sus derechos, como por ejemplo, impugnar las enajenaciones del fiduciario que consideren realizadas fuera de los límites estudiados en el apartado anterior, o la posibilidad de exigir al fiduciario la realización del correspondiente inventario, con idea de tener conocimiento, desde el principio, de los bienes que constituyen la herencia fideicomitida.

---

<sup>345</sup> CASTÁN, *Op. cit.*, pág. 133.

<sup>346</sup> DÍEZ-PICAZO y GILLÓN, *Sistema...*, cit., pág. 102.

De hecho, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1.919, en su Considerando segundo expresa que *“es fuerza reconocer que el sustituto llamado en su día a suceder tiene personalidad y acción suficiente en juicio para prevenir cualquier daño, perjuicio o menoscabo que, sin derecho y sin moderación, ejecute el heredero fiduciario, más obligado que nadie a respetar exactamente la voluntad de quien con ese carácter le instituyó”*.

En esta línea, considera GALICIA AIZPURUA<sup>347</sup> que *“obviamente, el fideicomisario no tiene por qué esperar al fallecimiento del fiduciario para actuar en defensa de su expectativa, y, así, puede aún en vida de aquél impugnar los actos de disposición extralimitados y ejercitar cualesquiera acciones que resulten pertinente para la conservación de su derecho. Entre éstas últimas ha de reconocérsele incluso, en los casos más graves, la posibilidad de instar (con base en la aplicación analógica del artículo 792.2 LEC) la intervención judicial de la herencia y su puesta en administración”*.

En algunos de nuestros Derechos Forales, como ya expusimos con anterioridad, la exigencia de formalizar un inventario es una garantía de los fideicomisarios recogidas en los cuerpos legales forales como tal. Así se desprende, por ejemplo, de la Ley 231 de la Compilación Navarra, donde se expone que *“salvo que el disponente hubiera establecido lo contrario, los fideicomisarios podrán exigir del fiduciario en cualquier momento la formalización del inventario de los bienes adquiridos y la garantía de su restitución. En defecto de acuerdo con los fideicomisarios, la garantía consistirá: 1. En la inscripción de los inmuebles en el Registro de la Propiedad, con constancia del fideicomiso. 2. En el depósito de los títulos-valores en establecimiento bancario, con constancia del fideicomiso en los resguardos. 3. En la caución que el Juez estime suficiente cuando se trate de otros bienes”*.

También podrán los fideicomisarios durante la fase fiduciaria, transmitir su *ius delationis* no sólo *mortis causa*, conforme al inciso final del artículo 784 del C.c., sino también *inter vivos*, sin que tales enajenaciones estén inmersas en las prohibiciones que recoge el artículo 1.271<sup>348</sup> de nuestro C.c., ya que la herencia fideicomitada no es futura,

---

<sup>347</sup> GALICIA AIZPURUA, *Comentarios...* cit., págs. 5.723 y 5.724.

<sup>348</sup> Dispone el artículo 1.271 del C.c.: *“Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras.*

sino que se encuentra abierta desde el momento del fallecimiento del fideicomitente, pues consideramos que es, precisamente, en ese momento, el de la apertura de la sucesión del causante, cuando se produce la delación hereditaria a favor del fideicomisario.

Al respecto, afirma ROCA SASTRE<sup>349</sup> que *“el heredero fideicomisario en estado de pendencia, puede otorgar válidamente contratos obligatorios dirigidos a la enajenación, gravamen y disposición en general de los bienes fideicomitados para el día que se le defiera el fideicomiso, así como también puede realizar actos dispositivos referentes a la enajenación y gravamen de su derecho a adquirir la herencia fideicomitada, incluso si la sustitución fideicomisaria es condicional, por bien que en este caso el acto dispositivo queda sujeto a la contingencia del incumplimiento de la condición, o a la premoriencia del fideicomisario”*.

En cambio, cuando la sustitución fideicomisaria es condicional, coincidimos con OSSARIO MORALES<sup>350</sup> al entender que, quedando subordinada la restitución del fiduciario a los fideicomisarios a un acontecimiento futuro e incierto, tales fideicomisarios únicamente ostentan, mientras la condición esté pendiente, una expectativa. Y por ello, como hasta el cumplimiento de la condición no adquieren derecho alguno ni se sabe con seguridad si llegarán a adquirirlo, nada transmiten tampoco a sus herederos si fallecen antes de que la condición se cumpla, no siéndoles aplicable el artículo 784 del C.c., según reiteradamente ha reconocido la jurisprudencia en diversas Sentencias citadas anteriormente.

A esta situación jurídica del fideicomisario, cuando la sustitución fideicomisaria es condicional, es aplicable el artículo 759 del C.c., según el cual, *“el heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos”*.

---

*Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.056.*

*Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres”*.

<sup>349</sup> ROCA SASTRE, *Derecho...*, cit., pág. 506.

<sup>350</sup> OSSARIO MORALES, *Op. cit.*, pág. 286.

Al respecto DÍEZ-PICAZO y GULLÓN<sup>351</sup> también consideran que “*si la sustitución fideicomisaria es condicional, hasta el cumplimiento de la condición no están determinados los fideicomisarios, no se sabe hasta entonces si hay personas con derecho a que la restitución se produzca en su favor. Poseen una expectativa, protegida con las acciones pertinentes (art. 1.121), pero no hay transmisión a sus herederos si mueren antes de que la condición se cumpla (art. 759)*”.

Ello no obsta, sin embargo, para que puedan los fideicomisarios disponer por *actos inter vivos* de su expectativa de adquisición, quedando la transmisión sujeta a las contingencias del incumplimiento de la condición o de la premoriencia del fideicomisario al fiduciario, tal y como acabamos de exponer en la STS de 26 de febrero de 1.919.

## **6.2.- Llegado el momento de la restitución de la herencia**

En los supuestos de sustitución fideicomisaria a término, una vez que éste se cumpla se producirá la delación fideicomisaria efectiva a favor del fideicomisario, adquiriendo el nuevo heredero, desde dicho momento, derecho a reclamar la posesión de los bienes fideicomitidos.

Pero, ¿y a quién podrá el fideicomisario exigir la entrega de la herencia fideicomitada? Pues o bien al fiduciario, o bien a sus herederos, dependiendo del término fijado por el testador para proceder a la restitución, ya que si éste fue el fallecimiento del fiduciario, obviamente tendrán que ser los herederos de éste quienes procedan a la restitución de la herencia fideicomitada; mientras que si el testador fijó cualquier otro término distinto al de la muerte del fiduciario (por ejemplo, cuando éste cumpliera 60 años), y dicho término se alcanzase estando vivo el fiduciario, será este mismo el encargado de la entrega.

En cambio, en las sustituciones fideicomisarias condicionales, la delación al fideicomisario no se producirá hasta que se cumpla (si es que se cumple) la condición, no disfrutando por tanto hasta dicho momento el fideicomisario del *ius delationis*.

---

<sup>351</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Op. cit.*, pág. 103.

Conviene tener en cuenta que existiendo varios fideicomisarios sucesivos, cuando el de grado anterior recibe los bienes, adquiere respecto de ellos la consideración de fiduciario, en relación con el fideicomisario de grado siguiente. En cambio, si el que adquiere los bienes es el último de los fideicomisarios llamados, lo hará en pleno dominio y sin limitación de ninguna clase.

El derecho del fideicomisario, llegado el momento de la restitución, lo adquiere *ipso iure*, de modo que, una vez producida la delación de la herencia fideicomitida a su favor, deviene propietario de la misma. No obstante, la efectividad de este derecho depende de que materialmente se le haga entrega o tradición de tales bienes. Así, llegado el día o cumplida la condición, el fideicomisario tiene derecho a exigir responsabilidad al fiduciario por la conservación, gestión y administración no diligentes de la herencia fideicomitida que le hayan causado daño, así como por el procedente de facultades que, sin corresponderle, se hubiese tomado sobre los bienes de aquélla.

En el momento que se produce la restitución de la herencia hemos de plantearnos una importante pregunta, ¿qué ocurre con las deudas del fideicomitente que aún no hayan sido afrontadas por el fiduciario?

Por regla general, si la duración de la fase fiduciaria no ha sido muy breve, lo lógico es que haya sido el propio fiduciario quien haya afrontado el pago de las deudas del causante, pago que podrá haberlo realizado disponiendo de bienes hereditarios fideicomitidos que habrán disminuido el caudal que ha de percibir el fideicomisario, o, por el contrario, a cargo de su propio patrimonio, en cuyo caso, como expusimos anteriormente, tendrá derecho el fiduciario a detraerse de la masa hereditaria lo gastado por dicho concepto.

De no haber hecho frente al pago de las deudas el fiduciario (imaginemos un caso en que el fiduciario haya ostentando tal condición sólo durante meses), el fideicomisario, como verdadero heredero, al igual que lo era el fiduciario, quedará obligado a satisfacer las deudas y cargas de la herencia, pudiendo aceptar, como cualquier heredero, pura y simplemente o a beneficio de inventario, con las consecuencias que ello supone.

Así, para DÍEZ-PICAZO y GULLÓN<sup>352</sup>, “*el fideicomisario recibirá normalmente una herencia liquidada de deudas y cargas hereditarias, pero ello no descarta su*

---

<sup>352</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Op. cit.*, pág. 103.

*responsabilidad ilimitada (con sus bienes propios y con los heredados) de las que no se hayan satisfecho, salvo que acepte a beneficio de inventario. El fiduciario o sus herederos deben liberarse de las responsabilidades por aquellas deudas y cargas, ya que al operarse la restitución cesa la confusión de su propio patrimonio con el sujeto a la sustitución”.*

Una vez expuesto lo anterior, lo cierto es que por regla general, lo normal es que la herencia se halla liquidada en el momento que se transmite al fideicomisario, entregándosele, por tanto, libre de deudas y cargas hereditarias, lo cual no impide que éste tenga responsabilidad ilimitada (es decir, con sus propios bienes incluidos, no sólo los fideicomitidos), salvo que haya aceptado la herencia a beneficio de inventario. Y es que no debemos obviar que, una vez producida la restitución de los bienes fideicomitidos al fideicomisario, éste pasa a tener todas las obligaciones propias de un heredero y propietario.

Pero teniendo en cuenta que tal responsabilidad nunca va a ser simultánea con la del fiduciario, sino sucesiva (una vez se produzca la delación de la herencia), entendemos oportuno distinguir los siguientes supuestos planteados por LACRUZ BERDEJO<sup>353</sup>:

- Si el fiduciario aceptó con beneficio de inventario y lo conservó, de lo dispuesto en los arts. 1.021 y 1.022 C.c., se desprende que el fiduciario responde sólo *cum viribus* (es decir, responde exclusivamente con los bienes de la herencia, sin que tal responsabilidad afecte a sus bienes propios), mientras no incida en alguno de los supuestos que lleva consigo la pérdida de dicho beneficio enumerados en el art. 1.024 C.c.

- Si el fiduciario no solicitó en su día, o habiendo solicitado el beneficio de inventario lo perdió, ello no será obstáculo para que pueda pedirlo el fideicomisario, y otorgado, responda limitadamente *cum viribus*.

- Si el fideicomisario recibe la herencia ya liquidada, aunque no solicite el beneficio de inventario, su responsabilidad ha de restringirse al caudal actual que recibe, sin extenderse a sus bienes.

- Si el fideicomisario recibe la herencia no liquidada y no solicita el beneficio de inventario, responderá por aplicación de las reglas generales, ilimitadamente, *ultra vires hereditatis*, según el art. 1.003 del C.c.

---

<sup>353</sup> LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., pág. 339.

## VII.- LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA, ¿IMPLICA LA VULGAR?

Con este interrogante nos estamos cuestionando lo siguiente: ¿qué ocurre cuando el fiduciario no llega a heredar por renuncia, por premorir al testador, o por incapacidad? ¿Se convertiría directamente, entonces, en heredero el fideicomisario, o debieran heredar al fiduciario los herederos intestados del fideicomitente?

Y es que, en el caso de llamarse a heredar al fideicomisario en vez del fiduciario (y no después de éste, que sería lo lógico), parece resultar no una sustitución fideicomisaria, sino una vulgar u ordinaria, en la que al sustituto se le quiere heredero, no para cuando deje de serlo el instituido, sino en defecto de él.

Lo cierto es que por el Derecho Romano y por nuestro Derecho histórico se consideraba indispensable para que el llamamiento del fideicomisario tuviera eficacia, que éste viviera al tiempo de cumplirse el término, siendo, por tanto, necesario que sobreviviera al fiduciario cuando la restitución hubiera de hacerse a su muerte, o, en todo caso, que viviera al llegar el día fijado por el testador para verificarla.

En cambio, nuestra doctrina más autorizada se expresa de forma casi pacífica<sup>354</sup> al considerar la existencia de una sustitución vulgar implícita en la sustitución fideicomisaria, entendiéndose, en definitiva, que el testador lo que desea al instituir una sustitución fideicomisaria es que si no le sucede el fiduciario, le acabe heredando el fideicomisario, lo cual bajo nuestro punto de vista, es el razonamiento que debe imponerse.

Obviamente no habrá ninguna cuestión que resolver en los casos en los que el testador, al nombrar sustituto fideicomisario, haya dispuesto que en su caso valga éste como sustituto vulgar. La cuestión que nos trae ahora aquí aparece si el testador únicamente se limita a hacer el nombramiento de sustituto fideicomisario.

---

<sup>354</sup> El único autor que sostuvo una tesis negativa al respecto fue TRAVIESAS, *Op. cit.*, pág. 422, quien afirmó que: “Mientras la delación de la herencia se opera al mismo tiempo a favor del fiduciario y del fideicomisario, no puede acontecer esto con la sustitución vulgar, en la que la delación de la herencia a favor del segundo llamado no puede tener lugar sino después de que sea seguro que no es heredero el llamado en primer término. Así que no es posible que en la sustitución fideicomisaria el derecho de adir la herencia y el fideicomisario estén subordinados al hecho de que no sea heredero el fiduciario, en lo cual consiste la sustitución vulgar”.

Considera LACRUZ BERDEJO<sup>355</sup> que así como desapareciendo el fideicomisario se purifica la institución del fiduciario, así también si ha fallecido el fiduciario al tiempo de abrirse la sucesión del primer causante, ingresa directamente el fideicomisario, porque la solución favorable a la sustitución vulgar es la de mejor doctrina del Derecho castellano y hoy la acepta la gran mayoría de los autores, fundados en que si nuestro Ordenamiento no hace depender la validez de la sustitución de la efectividad de la institución de heredero, no hay términos hábiles para evitar que la sustitución fideicomisaria surta el efecto práctico de una sustitución vulgar, y el fideicomisario venga llamado como un heredero simple, al menos, en el caso de premoriencia o indignidad. Pero aún en el de repudiación del fiduciario, es más acorde con la presunta voluntad del causante el ingreso del fideicomisario que el de los coherederos con derecho de acrecer o los *abintestato*, pues al instituir a tal fideicomisario, demuestra preferirlos antes que a éstos.

Por su parte ALBALADEJO<sup>356</sup> comienza exponiendo que en todos los Derechos españoles vigentes, la sustitución fideicomisaria *implica* o *supone* o *contiene* o *hace presumir* la vulgar, lo que significa que, por la razón que sea (que son varias las posibles), se entiende que, en defecto del instituido fiduciario, el fideicomisario resulta llamado *directamente* a la herencia. Para unos es porque la tácita o presumible voluntad del testador que designa fideicomisario es la de que le querría para sustituto vulgar del fiduciario, si éste no llegase a suceder. Para otros, existe un caso de conversión de negocio jurídico, porque, a base de la voluntad hipotética del testador, la institución del fideicomisario se convierte en la de sustituto vulgar.

En cambio, en su opinión, razona el citado autor: *“Pero yo creo –y en la misma línea, más o menos explícitamente, están varios autores– que es que la sustitución fideicomisaria contiene a la vulgar, en el sentido de que siendo más que ésta, en su propio modo de ser ya lleva el llamamiento a favor del fideicomisario para que suceda en puesto del fiduciario, si éste no hereda. Es decir, no se trata de que dentro de la sustitución fideicomisaria haya una vulgar, sino de que la vulgar es llamamiento del sustituto para un caso, el de que no sea heredero el instituido, mientras que la fideicomisaria hoy es un llamamiento del sustituto fideicomisario, tanto para después de que sea heredero el fiduciario, como para que si no lo es, lo sea en su lugar el*

---

<sup>355</sup> LACRUZ BERDEJO, *Op. cit.*, pág. 278.

<sup>356</sup> ALBALADEJO, *Op. cit.*, págs. 173 y 176.

*fideicomisario. Hay que desechar, pues, la idea de que el fideicomiso es nombramiento de un heredero posterior, para si lo es antes el fiduciario, pues hallándose la esencia del nombramiento en establecer un heredero subordinado a otro preferente, al subordinado le corresponde serlo después del preferente, si éste llega a heredar, pero si no llega, le corresponde serlo en puesto del mismo. Esto es lo que más se ajusta a la lógica y a la razonable voluntad del testador, pues –insisto y resumo– quien quiere un heredero subordinado a otro, quiere directamente, sin más, a aquél, si éste falta”.*

También lo entiende así OSSORIO MORALES<sup>357</sup>, cuando opina que *“si se trata de una simple sustitución fideicomisaria, no cabe duda de que ha de resultar más acorde con la voluntad presunta del causante que, en defecto del primer llamado, se atribuyan los bienes al fideicomisario, a cuyo favor dispuso aquél con preferencia a los herederos con derecho de acrecer y a los herederos abintestato. Con buena lógica cabe razonar que si el testador, aun viviendo el primer instituido, ha querido que en último término sus bienes sean para el sustituto, excluyendo a otras personas, no puede haber querido que por el hecho de no poder los bienes ir a parar a primer beneficiario, resulte también sin efecto el llamamiento de aquel a quien fue su propósito destinar en definitiva sus bienes. Para entenderlo así sería necesario que esa voluntad constara. En puridad el problema se resuelve, pues, en una quaestio voluntatis, de indagación en cada caso concreto de la voluntad real del testador, que es la norma básica que rige toda la sucesión testada”.*

Y por último, comenta PUIG FERRIOL<sup>358</sup> que de entre las posibles soluciones que se planteaba al respecto, *“creo puede adelantarse que lo más conveniente es aceptar la tesis de la sustitución vulgar tácita comprendida en la fideicomisaria...”*

Sin necesidad de seguir exponiendo la opinión del resto de autores que se posicionan en la misma línea interpretativa, sí queremos nombrar a alguno de ellos debido a su importancia, como son, entre otros, VALLET DE GOYTISOLO<sup>359</sup>, PUIG BRUTAU<sup>360</sup>, COSSÍO<sup>361</sup>, DÍEZ PASTOR<sup>362</sup>, O’CALLAGHAN<sup>363</sup>, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN<sup>364</sup>, y,

---

<sup>357</sup> OSSORIO MORALES, *Op. cit.*, págs. 296 y 297.

<sup>358</sup> PUIG FERRIOL, “El heredero...”, *cit.*, pág. 58.

<sup>359</sup> VALLET DE GOYTISOLO, *Fideicomisos...*, *cit.*, pág. 835.

<sup>360</sup> PUIG BRUTAU, *Op. cit.*, pág. 546.

<sup>361</sup> COSSÍO, *Op. cit.*, págs. 9 y 10.

<sup>362</sup> DÍEZ PASTOR, *Op. cit.*, pág. 562.

<sup>363</sup> O’CALLAGAN, *Compendio de...*, *cit.*, págs. 145 y 146.

<sup>364</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Op. cit.*, pág. 104.

por último, DE BUEN<sup>365</sup>, con el que vuelve a coincidir en idénticos términos DOMINGO AZNAR<sup>366</sup> en las diez páginas que le dedica al tema en concreto.

Por nuestra parte, coincidiendo con la doctrina dominante, entendemos que efectivamente la sustitución fideicomisaria implica la vulgar por distintos motivos, como pueden ser, por ejemplo, el hecho de que en el ánimo del testador que instituye una sustitución fideicomisaria, el predilecto es el fideicomisario, ya que es a éste al que han de ir a parar los bienes fideicomitidos de forma definitiva; o que lo lógico será que el testador tenga conocimiento del fallecimiento del fiduciario, por lo que hemos de entender que de no haber sido la voluntad del testador que se lleve a efecto su último testamento (en el que instituía heredero primero a un fiduciario, y a continuación a un fideicomisario), hubiese hecho uno nuevo.

Por ello, bajo nuestro punto de vista, la voluntad del testador (ley en nuestro Derecho Sucesorio) sería, por lógica, que el fideicomisario heredase a la muerte del fiduciario, pero que si éste no llegase a heredar por cualquier motivo, entonces que pasasen los bienes a favor del fideicomisario antes que la sucesión corresponda al sucesor intestado.

A lo largo de nuestro trabajo de investigación, únicamente hemos encontrado en nuestra jurisprudencia una Sentencia del Tribunal Supremo con algún párrafo en el que se recoja que la sustitución fideicomisaria no implica la vulgar. Nos referimos concretamente a la Sentencia de 13 de febrero de 1.943<sup>367</sup>, en la que niega en un caso de sustitución fideicomisaria de residuo, que el fideicomisario sustituyese vulgarmente al fiduciario: *“de todos modos ni la doctrina científica ni la jurisprudencia de esta Sala patrocinan de una manera general y decidida, la solución de que en la sustitución fideicomisaria, cuando el testador no haya empleado una fórmula de las llamadas compendiosas, se debe considerar sobreentendida la sustitución vulgar, con la consecuencia que ello supondría, de atribuir la herencia al segundo llamado, si el primero, por premoriencia, incapacidad o renuncia, no hubiese podido adquirirla”*.

Estas afirmaciones vertidas por nuestro Alto Tribunal en dicho sentido pueden ser, cuanto mínimo, rebatidas. Y es que, en relación al pronunciamiento de que *“ni la doctrina científica...”*, podemos argumentar que muchos de los pensamientos de los

---

<sup>365</sup> DE BUEN, *Op. cit.*, págs. 453-464.

<sup>366</sup> DOMINGO AZNAR, *Op. cit.*, págs. 69-78.

<sup>367</sup> RJ 1943, 134.

autores importantísimos que abogan por que la sustitución fideicomisaria implica la vulgar, son anteriores a esta Sentencia. Mientras que, en relación a lo afirmado sobre “*la jurisprudencia de esta Sala*”, podríamos cuestionarnos *a sensu contrario*, ¿y cuándo ha patrocinado de una manera general y decidida nuestro Tribunal Supremo que en dichos casos no debe considerarse sobreentendida la sustitución vulgar?

Por todo ello, como era de esperar la Sentencia que acabamos de mencionar quedó totalmente superada por el propio Tribunal Supremo, cuando cinco años después aceptó que la sustitución fideicomisaria a término implica la vulgar, como refleja la importantísima Sentencia de 13 de noviembre de 1.948<sup>368</sup>, al exponer que “*ante el evento de premoriencia del fiduciario, que es el contemplado concretamente en estos autos, puede entenderse, frente al aforismo “sin institución no hay sustitución”, que el llamado en segundo lugar en la sustitución fideicomisaria adquiere la herencia a la muerte del testador, porque en ese momento su derecho quedó perfeccionado cual si hubiera sido llamado por sustitución vulgar, al paso que al sustituto de residuo, como no ha consolidado su derecho hasta que muere el fiduciario, sin haber dispuesto de la totalidad de los bienes (...) nada adquiere por no haber podido entrar en juego la facultad de disposición por el fiduciario, que es requisito esencial para la existencia jurídica del residuo*”.

En dicho sentido también se posiciona la Dirección General del Registro y del Notariado, destacando al respecto la Resolución de 27 de marzo de 1.981<sup>369</sup>, que “*la mayoría de la doctrina afirma que la sustitución fideicomisaria lleva en sí misma el llamamiento del fideicomisario como sustituto vulgar del fiduciario en base a: a) los antecedentes históricos favorables a través de nuestros clásicos a esta solución a medida que se iba perfilando la sustitución fideicomisaria; b) a los artículos 784 y 785.1 del C.c., que consideran al fideicomisario como un segundo heredero designado para después del primero, y que adquiere su derecho al morir el testador, por lo que faltando el primero corresponde ahora al nombrado en segundo lugar; c) a que los supuestos resueltos por la jurisprudencia del TS, favorable a la tesis contraria, se refieren o a sustituciones fideicomisarias condicionales o a fideicomiso de residuo, en donde nuestra más alta Magistratura ve una institución condicional, por lo que no es aplicable esta doctrina a los supuestos de sustituciones fideicomisarias puras; d) a que*

---

<sup>368</sup> RJ 1948, 1270.

<sup>369</sup> RJ 1981, 1196.

*el artículo 675 del C.c. destaca como esencial la voluntad del testador que puede aparecer manifestada claramente en este sentido; e) que es la solución acogida por el Derecho Comparado y por nuestras legislaciones forales”.*

Y, más recientemente y disipando toda duda, aparece la Resolución de la DGRN. de 17 de septiembre de 2.003<sup>370</sup>, en la que estudiándose si implica o no la sustitución vulgar fideicomisaria de residuo, afirma que *“calificado el llamamiento de residuo como sustitución fideicomisaria, y entrando en la cuestión de si ésta engloba la vulgar tácita, salvo supuestos aislados, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo, como también la regulación de la institución en algunas regiones de Derecho Foral o especial, y en la legislación extranjera, que, como se ha dicho acertadamente, si se quiere que alguien herede después del primer llamado, se quiere también si el primer llamado no lo hace “.*

Tal y como recoge dicha resolución, efectivamente, en nuestros Derechos Forales tampoco se duda de que la sustitución fideicomisaria implique la vulgar.

En Cataluña, las posibles dudas que venimos planteando en el Derecho Común sobre si la sustitución fideicomisaria implica, o no, la vulgar, queda totalmente disipada, ya que en el artículo 425-3.2 del C.c., se recoge que: *“las sustituciones pupilar, ejemplar, fideicomisaria y preventiva de residuo contienen siempre la vulgar tácita...”*.

Junto al mencionado artículo, también se regula dicha posibilidad en el 426-8, que lleva por título *“Sustitución vulgar implícita”*, y donde se establece que:

- 1.- Siempre que el fiduciario llamado no llega a ser heredero o legatario por cualquier causa, opera en primer lugar la sustitución vulgar.*
- 2.- A falta de sustitución vulgar, el fideicomisario pasa a ser fiduciario si existe fideicomisario posterior. Si no existe, pasa a ser heredero o legatario libre.*
- 3.- En los supuestos de los apartados 1 y 2, no existe derecho de transmisión”.*

Por su parte, el artículo 26 de la Compilación Balear soluciona el problema planteado en el Derecho Común al afirmar que: *“Las sustituciones fideicomisarias implican siempre la vulgar”*.

---

<sup>370</sup> RJ 2003, 6279.

La autora FERRER VANRELL<sup>371</sup> nos cuenta al respecto que “*los términos del art. 26 CDCB, cuando determina que la sustitución fideicomisaria implica siempre la vulgar, significan que cuando falta el fiduciario por cualquier causa, el fideicomisario entrará por disposición legal, en el lugar del fiduciario como sustituto vulgar y no como fiduciario, quedando como heredero libre porque al no haber sido posible mantener la disposición fideicomisaria subsiste convertida en sustitución vulgar, por mandato legal. Todo ello en el bien entendido que la previsión fideicomisaria ordenada por el fideicomitente no alcanzara a más llamamientos, en el marco previsto en el art. 25 CDCB; de haberlos dispuesto se mantendrá como sustitución fideicomisaria, colocándose el sustituto vulgar en el lugar del fiduciario, que es el que había previsto el fideicomitente como fideicomisario, siguiendo el orden sucesivo previsto*”.

Por último, la Ley 226, párrafo 1º de la Compilación Navarra establece que “*toda sustitución fideicomisaria valdrá como sustitución vulgar a favor del fideicomisario cuando el fiduciario no llegue a adquirir los bienes*”.

Esto, para NANCLARES VALLE<sup>372</sup>, significa que toda sustitución fideicomisaria lleva implícita una sustitución vulgar, porque el legislador entiende que si la voluntad del fideicomitente era que, en último término, los bienes pasasen al fideicomisario, este resultado no puede depender de que el fiduciario no premuera, no renuncie o no pueda adquirir esos bienes y la condición de fiduciario.

## **VIII.- EXTINCIÓN Y NULIDAD DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA**

Coincidiendo, entre otros autores, con ROCA SASTRE<sup>373</sup>, PUIG BRUTAU<sup>374</sup> o DE COSSÍO<sup>375</sup>, consideramos que la sustitución fideicomisaria se extingue o queda sin efecto en los siguientes casos:

- 1.- Cuando es nulo el testamento en el cual se ha impuesto la sustitución fideicomisaria.
- 2.- Cuando sea nulo o inoperante el gravamen fideicomisario por superar el límite de llamamientos permitidos por la ley, pero tan sólo en lo que exceda de tal límite.

---

<sup>371</sup> FERRER VANRELL, *Op. cit.*, pág. 1.057.

<sup>372</sup> NANCLARES VALLE, *Op. cit.*, pág. 1.090.

<sup>373</sup> ROCA SASTRE, *Estudios...*, cit., pág. 57.

<sup>374</sup> PUIG BRUTAU, *Op. cit.*, págs. 567 y 568.

<sup>375</sup> COSSÍO, *Op. cit.*, pág. 45.

3.- Cuando todos los fideicomisarios renuncien a sus derechos a la sustitución fideicomisaria.

4.- Cuando todos los fideicomisarios sean incapaces.

5.- Cuando todos los fideicomisarios hayan premuerto al testador, o cuando en los fideicomisos condicionales, los fideicomisarios hayan fallecido antes de cumplirse la condición.

6.- Cuando en los fideicomisos condicionales quede incumplida la condición.

Además, será nula la sustitución fideicomisaria, sin que la nulidad perjudique como vimos anteriormente la validez de la institución hasta los límites legalmente permitidos, en los siguientes supuestos:

1.- Cuando no se hagan de forma expresa o se traspasen los límites del segundo grado.

2.- Cuando contengan prohibición perpetua o temporal de enajenar.

3.- Cuando se imponga al primer llamado la obligación de invertir bienes conforme a instrucciones reservadas recibidas anteriormente del testador.

4.- Cuando graven la legítima, salvo que se trate de la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente incapacitado, tal y como estudiaremos en el siguiente capítulo; si recaen sobre el tercio de mejora sólo podrán hacerse a favor de los descendientes.

## **IX.- LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA *SI SINE LIBERIS DECESSERIT***

Antes de centrarnos en el estudio de la figura que da nombre a este epígrafe, entendemos oportuno reiterar en este momento del trabajo, la importancia de distinguir entre una sustitución fideicomisaria a término y una condicional, ya que mientras en la primera el fideicomisario (incluso, aunque muera antes que el fiduciario) adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del causante, transmitiendo desde entonces su derecho a sus herederos (artículo 784 del C.c.), en la sustitución fideicomisaria condicional, por el contrario, el heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos (artículo 759 del C.c.).

Una vez dicho esto, comenzamos exponiendo que la sustitución fideicomisaria *si sine liberis decesserit* es una sustitución fideicomisaria condicional. Lo cierto es que, en la práctica, es relativamente frecuente que la cláusula testamentaria se refiera a establecer como condición que el primer llamado fallezca sin descendencia. Tal supuesto, aún en la actualidad, es conocido en el mundo jurídico con la expresión latina *si sine liberis decesserit*, es decir, si falleciera sin hijos.

Nuestro C.c. no contempla este tipo de sustitución, lo cual no debe sorprendernos si nos atenemos a la ya referida pobreza normativa con la que dicho Texto legal regula la sustitución fideicomisaria.

Mediante este tipo de sustitución fideicomisaria condicional, la voluntad del testador es que cuando el fiduciario muera sin hijos, la herencia fideicomitida debe ir a parar al fideicomisario, siempre y cuando éste aún viva; pero, en cambio, si al llegar su fallecimiento, el fiduciario tuviese hijos, los bienes fideicomitidos pasarán a integrarse dentro de la herencia del fiduciario fallecido como una parte más de ella, quedándose por ende sin heredar el fideicomisario.

Afirmaciones como las del autor DOMINGO AZNAR<sup>376</sup> pueden llevar a confusión cuando, en el apartado dedicado al estudio de la institución *si sine liberis decesserit*, afirma que cuando el fiduciario muera con hijos, “*adquirirá la plena propiedad de los bienes, de los cuales podrá disponer como quiera y a favor de quien quiera*”.

En nuestra opinión, debido a la forma de expresar dicha afirmación, puede parecer que el fiduciario adquiere en vida la herencia fideicomitida cuando, en realidad, tal y como acabamos de exponer, lo que sucede es que los bienes fideicomitidos, una vez fallece el fiduciario, pasan a formar parte de su herencia. Es decir, que no por tener un hijo el fiduciario podrá disponer como propios de los bienes fideicomitidos, sino que si éste fallece con hijos, entonces los bienes fideicomitidos pasarán a formar parte de su herencia, pudiendo el testador disponer de ellos como quiera, entiéndase, a través de su testamento.

Dentro de este tipo de sustitución fideicomisaria condicional pueden plantearse varios interrogantes, como, por ejemplo, el alcance exacto del término “*hijos*” al que se hace referencia. En la actualidad, existe unanimidad doctrinal al entender que es indiferente

---

<sup>376</sup> DOMINGO AZNAR, *Op. cit.*, pág. 82.

el hecho de que el fiduciario fallezca con hijos o descendientes, o sea, que igualmente se purificará la sustitución fideicomisaria a favor del fiduciario si fallece con hijos o con nietos o bisnietos ya nacidos o sólo concebidos<sup>377</sup>, siempre y cuando éstos lleguen a nacer.

En este mismo sentido se expresan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN<sup>378</sup>, cuando manifiestan que *“aquí, en la palabra hijos deben estimarse comprendidos los nietos y demás descendientes, salvo voluntad contraria del testador”*. E igualmente DOMINGO AZNAR<sup>379</sup>, que considera que *“es indiferente que fallezca con descendientes que en lugar de ser hijos son nietos o bisnietos. Aquí en la palabra “hijos” deben estimarse comprendidos los nietos y demás descendientes, salvo voluntad contraria del testador”*.

Otra cuestión que podemos plantearnos es, ¿y si el fiduciario tuvo un hijo, y éste le premuere sin dejar descendencia?

En este supuesto hemos de entender que la herencia fideicomitida irá a parar al fideicomisario, ya que el fiduciario, en el momento de su fallecimiento, carecía de hijo o descendencia alguna, por lo que se cumple la condición y opera la sustitución fideicomisaria, mientras que si fallece dejando hijos o descendientes, la condición queda incumplida y el gravamen fideicomisario se desvanece.

ROCA SASTRE<sup>380</sup> en ese sentido considera que *“las cláusulas fideicomisarias a veces son poco correctas en orden al vocablo ‘dejar’ hijos, por confundir la palabra ‘dejar’ con la de ‘tener’, ya que si esta última es empleada en su sentido estricto o literal, cambia por completo el tipo fideicomisario, pasando a ser un fideicomiso si liberis suscepit. Pero creemos que si no resulta ser otra la voluntad del testador, en la duda hay que tener la palabra ‘tener’ como si se hubiera querido decir ‘dejar’, por ser muchas veces ello producto de una irregularidad gramatical”*.

En cambio, no podemos coincidir con la opinión del autor cuando afirma<sup>381</sup> que *“el testador, mediante la sustitución si sine liberis decesserit, instituye a una persona gravándola de restitución fideicomisaria para el caso de morir sin dejar hijos, o con*

---

<sup>377</sup> Ya en el Digesto (L-17, frag. 184) se dice que *“si alguno dejó embarazada a su mujer, no parece que falleció sin hijos”*.

<sup>378</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Op. cit.*, pág. 105.

<sup>379</sup> DOMINGO AZNAR, *Op. cit.*, pág. 82.

<sup>380</sup> ROCA SASTRE, *El fideicomiso...*, cit., pág. 45.

<sup>381</sup> ROCA SASTRE, *Estudios...*, cit., pág. 44.

*ellos que después no lleguen a la edad de testar... ”*, ya que esto supondría, como recoge el propio ROCA SASTRE<sup>382</sup> en uno de sus discursos, que mientras que los hijos no alcanzasen la edad de testar, la sustitución fideicomisaria quedaría en suspenso.

Desconocemos el motivo por el que el autor equipara el hecho de morir sin hijos con el de morir con hijos que después no lleguen a la edad de testar, pero, desde luego, no lo compartimos, ya que si se entiende por hijo a los concebidos que lleguen a nacer, ¿cómo no va a considerarse como hijo uno ya nacido aunque no llegue a la edad de testar?

En nuestra opinión, si al morir el fiduciario vive su hijo menor de edad, la herencia fideicomitida irá a parar al caudal relicto del propio fiduciario, sin quedar suspensa la misma hasta que el menor cumpliera la mayoría de edad, o lo que es lo mismo, sin que pueda heredar la herencia fideicomitida el fideicomisario, ni aún muriendo el hijo del fiduciario antes de alcanzar la mayoría de edad.

Otra de las incógnitas interesantes bajo nuestro punto de vista, no así de la de la gran mayoría de autores que no reparan en ello, es si dentro del término “*hijo*” quedarán englobados los hijos adoptivos o, únicamente, los biológicos. La consideramos una cuestión de gran importancia dado el efecto jurídico que una u otra posición supone.

Imaginemos el supuesto de que una persona sin hijos es fiduciaria de una gran herencia bajo una condición *si sine liberis decesserit*, y para poder disponer libremente de la herencia fideicomitida (en este caso, del tercio de libre disposición, ya que la legítima iría a parar al hijo adoptado), decide adoptar a un hijo. ¿Regiría en este supuesto, la condición *si sine liberis decesserit*, o al tener un hijo adoptado la herencia fideicomitida pasará a ser definitivamente del fiduciario? O, expresado con más claridad, ¿dependerá exclusivamente de la voluntad del fiduciario el hecho de estar o no gravado con la sustitución fideicomisaria *si sine liberis decesserit*?

Hoy en día, y en contra de lo que pensaba ROCA SASTRE<sup>383</sup>, no hay ninguna duda de que la respuesta es positiva. Y es que, tal y como expusimos en el capítulo anterior, los hijos adoptivos serán considerados, a todos los efectos jurídicos, en plenitud de igualdad con los hijos biológicos, sin posibilidad de discriminación por razón de filiación, tal y como establecen, entre otras, las Sentencias de nuestro Tribunal Supremo de 6 de

---

<sup>382</sup> ROCA SASTRE, *El fideicomiso...*, cit., pág. 49.

<sup>383</sup> ROCA SASTRE, *El fideicomiso...*, cit., pág. 46.

febrero de 1.997<sup>384</sup>, o la de 28 de junio de 2.002<sup>385</sup>, la de 15 de diciembre de 2.005<sup>386</sup>; así como la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de julio de 2.004<sup>387</sup>.

En cambio, traemos a colación, por su interés, el contenido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de septiembre de 2.000<sup>388</sup>, en la que se excluye a una hija adoptiva si bien no por razón de su filiación, sino por interpretación estricta de la condición impuesta por el causante en su testamento, donde hablaba de “*hijos carnales*”, condición que no podía ostentar la hija adoptiva, de ahí que coincidamos con la opinión de los magistrados de la Audiencia Provincial de Barcelona, los cuales, a través de su Sentencia, se limitaron a cumplir la voluntad expresada por el causante en su testamento.

Como conclusión al respecto, diremos que siempre que el testador no haya dispuesto otra cosa en el testamento, los hijos adoptados tienen, por defecto, la misma consideración que los hijos biológicos en cuanto a la sustitución fideicomisaria *si sine liberis decesserit*, por lo que si el fiduciario adopta un hijo ya no tendrá cabida la condición *si sine liberis decesserit*, cuyo cumplimiento hubiese supuesto el reintegro de la herencia fideicomitida a favor del fideicomisario.

Otro de los interrogantes que pueden plantearse es qué pasa si el fiduciario fallece sin hijos en los casos en los que le ha premuerto el fideicomisario. Obviamente, entendemos que en tal supuesto prima el artículo 759 del C.c., el cual, como venimos argumentando a lo largo del trabajo, recoge la forma de proceder en estos casos en relación con las sustituciones fideicomisarias condicionales, es decir, que si el fideicomisario premuere al fiduciario no le heredará ni transmitirá nada a sus herederos.

Pero sin duda, la cuestión de mayor relieve que plantea la sustitución fideicomisaria *si sine liberis decesserit* es la de si los hijos puestos en condición han de entenderse llamados como sustitutos fideicomisarios del padre, o no.

---

<sup>384</sup> RJ 1997, 682.

<sup>385</sup> RJ 2002, 5507.

<sup>386</sup> RJ 2005, 10157.

<sup>387</sup> RJ 2004, 49.

<sup>388</sup> JUR 2001, 19450.

En el pasado existían dos corrientes al respecto. La primera de ellas sostenía que los hijos puestos en condición eran llamados como fideicomisarios en lugar del padre muerto, *positus in conditione non positus in substitutione*.

Los autores y la jurisprudencia rechazan esta posibilidad como regla general, si bien ello no significa que tal situación no pueda darse, siempre y cuando sea ésta la intención del testador.

Por ello, nos parece un poco desproporcionada la afirmación de GONZÁLEZ PALOMINO<sup>389</sup> al exponer con rotundidad: “*que los hijos puestos como evento de la condición no están instituidos parece indudable; como sería si en vez de hijos se hubiera hablado de cabras, por ejemplo. Tampoco resultarían instituidas*”. En nuestra opinión<sup>390</sup> no es muy acertada la opinión del referido autor, ya que existe una “pequeña” diferencia entre las cabras y las personas, como es la capacidad para suceder.

La segunda de las corrientes es la que considera que los hijos puestos en condición no son llamados como sustitutos fideicomisarios de su padre, es decir, *positus in conditione non positus in substitutione*.

Tal y como acabamos de mencionar, desde un punto de vista jurisprudencial, y también doctrinal<sup>391</sup>, esa es la línea que se viene siguiendo, ya que si el fiduciario muere con hijos, éstos no han de entenderse llamados por el causante a la herencia como sustitutos fideicomisarios, ya que los hijos están puestos en condición, no en sustitución.

En este sentido, recoge ROCA SASTRE<sup>392</sup> que, en el régimen del C.c., los hijos puestos en condición no se consideran nunca llamados, por conjeturas que haya a favor de este llamamiento, puesto que, según el artículo 783 del C.c., para que sean válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria deberán ser expresos. Esto significa que no caben llamamientos conjeturales de fideicomisarios. El hecho de poner a un hijo en condición no implica llamamiento, puesto que la condición en sí nada dispone.

Si siempre que una persona es utilizada como elemento de hecho de una condición implicase ello un llamamiento sucesorio a su favor, surgirán resultados verdaderamente

---

<sup>389</sup> GONZÁLEZ PALOMINO, *Op. cit.*, pág. 84.

<sup>390</sup> Y coincidiendo con ello con la opinión de LACRUZ BERDEJO, *Op. cit.*, pág. 282.

<sup>391</sup> ROCA SASTRE, *Op. cit.*, pág. 45; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Op. cit.*, pág. 105; ALBÁCAR y DE CASTRO, *Op. cit.*, pág. 705; LACRUZ BERDEJO, *Op. cit.*, pág. 282 y GONZÁLEZ PALOMINO, *Op. cit.*, pág. 84.

<sup>392</sup> ROCA SASTRE, *El fideicomiso...*, cit., pág. 45.

inadmisibles, en contradicción con la voluntad del testador, que, simplemente, empleó a aquella persona en condición.

Con este posicionamiento doctrinal, coinciden en la regulación de la figura todos nuestros Derechos Forales, tal y como expondremos a continuación.

Para finalizar con este apartado hemos de preguntarnos: ¿qué busca, en realidad, un testador que instituye una sustitución fideicomisaria *si sine liberis decesserit* a favor de otra persona?

Obviamente, entendemos que no lo hace con la intención de fomentar la natalidad, como lo hacía en Roma la *Lex Pappia Poppae* (9 d. C.), mediante la cual se privaban de la capacidad de heredar a los casados sin hijos.

En nuestra opinión, lo más probable es que la intención del testador en estos casos es que su herencia quede en familia (ya que el hijo del fiduciario acabará heredándole, como mínimo, en dos terceras partes de la herencia fideicomitida) y, en caso de que no pueda quedar en familia al fallecer el fiduciario sin hijos, pues que sea el propio testador (y no el fiduciario), quien decida dónde y cómo va a repartirse su herencia.

En los Derechos Forales también cabe la posibilidad de establecer una sustitución *si sine liberis decesserit*.

Así, en la Compilación Navarra, se recoge en su Ley 230, que lleva por título “*Hijos puestos en condición*”, que “*cuando el acto de liberalidad se condicione a la existencia de hijos del adquirente, estos hijos puestos sólo en condición no se tendrán por puestos en disposición ni llamados a adquirir, aunque haya una o muchas conjeturas en su favor, sino cuando expresamente así se establezca*”.

En relación con dicha Ley Navarra, ANCLARES VALLE<sup>393</sup> nos expone que “*de esta manera, cuando la sustitución fideicomisaria se someta a la condición si sine liberis decesserit, el hecho de que el fiduciario fallezca con descendencia, y, por tanto, que no proceda la delación al sustituto fideicomisario, no significa que los hijos puestos como condición se conviertan en fideicomisarios (consecuentemente tampoco en sustitutos vulgares implícitos en caso de premorir su padre frente al designado por el disponente*

---

<sup>393</sup> ANCLARES VALLE, *Op. cit.*, pág. 1.098.

como fideicomisario), salvo que así se establezca expresamente, pues no basta con que haya una o muchas conjeturas a su favor”.

Por su parte, el artículo 28 del Derecho Civil Balear también regula la cláusula de los hijos puestos en condición: “*Los hijos puestos en condición no se entenderán llamados a la herencia si no lo son de modo expreso. Ello no obstante, se les entenderá llamados como sustitutos de su padre si la sustitución fideicomisaria está condicionada al doble evento de que el fiduciario muera sin hijos, y éstos, a su vez, sin hijos. A los efectos del párrafo anterior se entenderán hijos tanto los matrimoniales como los no matrimoniales y los adoptivos, a no ser que el testador de modo expreso, establezca limitaciones al respecto*”.

FERRER VANRELL<sup>394</sup> argumenta al respecto que “*el causante, en Mallorca y Menorca, que encauza su sucesión mortis causa disponiendo de sus bienes mediante una sustitución fideicomisaria familiar con cláusula si sine liberis decesserit, sea por testamento, codicilo o mediante la donación universal de bienes presentes y futuros, pretende nombrar un sucesor llamando a una segunda persona, el sustituto, para el caso que se cumpla la condición de morir el primer llamado heredero sin dejar hijos. Vincular los bienes dejados a una persona que si sine liberis decesserit, para que sólo en tal caso pasen a un sustituto fue particularmente frecuente en Mallorca por los padres de uno o varios hijos con la finalidad de que los bienes no salieran de la familia. La cláusula si sine liberis decesserit persigue favorecer, primordialmente, al primer instituido heredero y sólo para el supuesto que este heredero fallezca sin dejar hijos, también pretende favorecer, sucesivamente, al segundo instituido, al que da el tratamiento de sustituto fideicomisario.*

*La cláusula si sine liberis decesserit no es problemática ya que no contraría el principio formulado que quien es heredero lo es siempre, porque hasta el fallecimiento del fiduciario estará en suspenso la condición, siendo el fiduciario heredero siempre, hasta su muerte*”.

Por su parte, RIVAS MARTÍNEZ<sup>395</sup> respecto a la figura Balear considera que “*el problema se suscitó al considerar el supuesto de que instituido un heredero bajo la*

---

<sup>394</sup> FERRER VANRELL, *Op. cit.*, págs. 1.050 y 1.051.

<sup>395</sup> RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de...*, 2.009, pág. 1.235.

*condición de supervivencia de hijos propios, esos hijos supérstites, podían convertirse en herederos, por el cauce de la sustitución fideicomisaria.*

*En la doctrina se adoptó como solución la recogida en el clásico aforismo según el cual «los hijos puestos en condición no se consideran en disposición» o, lo que es lo mismo, «los hijos puestos en condición no lo están en sustitución».*

*Por lo tanto la condición «si sine liberis decesserit» consiste en que los hijos del heredero instituido se mencionan como «elemento esencial» de la institución y ello, estrictamente considerado, no entraña derecho alguno a favor de tales hijos a la herencia. Por lo tanto, si otra cosa no resulta expresamente del tenor del testamento, la ausencia de esa cualidad sucesoria de los hijos del instituido lleva consigo que el padre (o sea el instituido merced al testamento) si fallece con hijos puede dejar la herencia a quien tuviere por conveniente. La supervivencia de los hijos respecto de su progenitor implica la desaparición de la condición”.*

Pero, sin ninguna duda, donde este tipo de sustitución alcanza una mayor regulación es en el Derecho Civil catalán.

Dice ROCA SASTRE<sup>396</sup> que, en Cataluña, la sustitución fideicomisaria tuvo gran predicamento, principalmente, bajo la modalidad del fideicomiso condicional *si sine liberis decesserit*.

La importancia en Cataluña de este tipo de sustitución fideicomisaria se refleja en que, incluso, en los casos en los que el testador haya nombrado expresamente fideicomisario a una persona que no es hijo o descendiente, se presumirá que nos encontramos frente a una sustitución *si sine liberis decesserit*.

A tal conclusión se llega, por fuerza, en base al contenido de los siguientes artículos del C.c. Catalán:

Artículo 426-14.3, que dispone: “*En caso de duda, se entiende que el fideicomiso es condenado para después de la muerte del fiduciario y con carácter de condicional para el caso de que muera sin dejar hijos*”.

En la misma línea, el artículo 426-15 que lleva por título “*Presunción de condición*”, establece: “*Si se impone expresa o tácitamente a un hijo o descendiente del fideicomitente un fideicomiso a favor de una persona que no es hijo o descendiente, se*

---

<sup>396</sup> ROCA SASTRE, *La sustitución...*, cit., pág. 31.

*presume que se ha ordenado bajo la condición que el fiduciario muera sin dejar hijos o descendientes.*

*Lo establecido en el apartado 1 sólo se aplica si el fiduciario no tenía descendencia en el momento de la ordenación del fideicomiso o si, en caso de tener, el fideicomitente ignoraba su existencia”.*

Es decir, que la sustitución fideicomisaria *si sine liberis decesserit* opera “presuntivamente” por mandato legal en el Derecho Civil catalán.

En relación con este tipo de sustitución, continúa recogiendo el C.c. Catalán en su artículo 426-16, que: *“La condición puesta al fiduciario de no tener hijos se considera cumplida si tiene pero no le sobreviven, salvo que la voluntad expresa del fideicomitente sea otra”.*

Y concluye, al respecto, el artículo 426-17 cuando fija que: *“En los fideicomisos ordenados para el caso de que el fiduciario muera sin dejar hijos, éstos no se consideran fideicomisarios si no son llamados expresamente como tales o como sustitutos vulgares en fideicomiso, salvo que la voluntad del fideicomitente sea otra”.*

Comenta SOLÉ RESINA<sup>397</sup> que *“en Cataluña, tradicionalmente, la condición impuesta al fiduciario para que la herencia tránsito al fideicomisario era que aquél muriera sin dejar hijos o descendencia (si sine liberis decesserit) o sin que éstos llegaran a tener edad de testar (los llamados hijos puestos en condición); y en este caso se le gravaba con una restitución fideicomisaria a favor de sus hermanos o los hijos de aquéllos. Con ello se pretende conseguir el mantenimiento del patrimonio dentro de la familia”.*

La misma autora continúa afirmando<sup>398</sup>, en cuanto a la interpretación de los fideicomisos, que *“si se impone expresa o tácitamente a un hijo o descendiente del fideicomitente un fideicomiso a favor de una persona que no es hijo o descendiente, se presupone que se ha ordenado bajo la condición que el fiduciario muera sin dejar hijos o descendientes, siempre que el fiduciario no tuviera descendientes en el momento de la ordenación del fideicomiso o si, teniéndolos, el fideicomitente ignorara su existencia. En primer lugar, esta norma también trata de favorecer al hijo o descendiente que podrá gozar de todos los bienes durante toda su vida, y aun de favorecer a los hijos o*

---

<sup>397</sup> SOLÉ RESINA, *El fideicomiso...*, cit., pág. 1.009.

<sup>398</sup> SOLÉ RESINA, *El fideicomiso...*, cit., pág. 1.016.

*descendientes sobrevivientes de este primer llamado, recogiendo la institución tradicional de los hijos puestos como condición, que se fundamenta en la idea de que el causante no desea que los bienes salgan de la familia donde provienen”.*

Por su parte, RIVAS MARTÍNEZ<sup>399</sup> entiende que “*el C.c. de Cataluña (Ley 10/2008) se caracteriza en materia de fideicomisos por realizar una revisión a fondo de la normativa anterior con el fin de simplificarla y adaptarla a la realidad social. Esta finalidad se ha visto desde luego cumplida en esta institución, pues el ordenamiento actual del fideicomiso si sine liberis decesserit, en lo que es sustancial, concreto y específico del mismo, ha quedado reducido a dos preceptos, los arts. 426-16 y 426-17, complementados por el art. 426-15 y 426-18. (...) Lo más sencillo hubiera sido recoger en este precepto la esencia de la figura que en sí es primordialmente familiar, ya que a través de este fideicomiso, como ya se ha dicho, se intenta evitar que los bienes puedan pasar a personas extrañas a la familia, por eso con este propósito el fideicomitente instituye heredero a un hijo y para el caso de que éste fallezca sin hijos (o teniéndolos no le sobrevivan), llama a otra hijo y así sucesivamente a los demás hermanos de éste. El precepto sigue claramente lo que establecía el p.º 1 del art. 198 del Código de Sucesiones de Cataluña, en el sentido de que si el fiduciario muere con hijos éstos no se deben entender llamados por el fideicomitente a su herencia como sustitutos fideicomisarios, y ello porque los hijos están puestos en condición, no en sustitución. Los hijos son el elemento subjetivo de la condición pero no de la ordenación. Por lo tanto, si no están puestos en sustitución no serán sustitutos fideicomisarios y por ello adquirirán, libre del fideicomiso, la plena propiedad de los bienes fideicomitados”.*

Finalizando con el estudio de la materia objeto del presente epígrafe, llegamos a la conclusión de que el alcance por defecto de la condición *si sine liberis decesserit* puede suponer, hasta cierto punto, un perjuicio para el testador, porque, y a diferencia de lo que ocurre en nuestro Derecho Común, de ser la verdadera voluntad de éste que después de X sus bienes pasen a B (haya tenido o no hijos X durante la fase fiduciaria) deberá reflejarlo así expresamente el testador, ya que si no, tendrá cabida por defecto el tipo de sustitución *si sine liberis decesserit*.

Por ejemplo, imaginemos que la intención del testador era instituir como heredero a X, el cual no tiene hijos (o si los tiene, el causante lo desconoce), y que cuando éste muera,

---

<sup>399</sup> RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho...*, cit., págs. 1.297 y 1.298.

los bienes fideicomitidos pasen a su hermano B. En Cataluña, la sustitución *si sine liberis decesserit* tiene tanto peso que en el supuesto planteado, si durante la fase fiduciaria X tiene o adopta a un hijo, X pasará a heredar directamente al fideicomitente, desapareciendo la posibilidad de que B fuese su heredero llegado el término o cumplida la condición correspondiente, con la vulneración de la voluntad del testador que ello conlleva.

Dicho lo cual, de lo que no nos cabe ninguna duda es de la mejor y más completa regulación que el C.c. Catalán da a la figura de la sustitución fideicomisaria, en general, en comparación con nuestro C.c.

Como reflejo de ello podemos destacar, el hecho de que en la redacción de la sustitución fideicomisaria *si sine liberis decesserit* catalana queden disipadas todas las dudas que hemos planteado respecto a la figura de nuestro Derecho Común, como son, por ejemplo:

a.- Si el fiduciario tuviere un hijo y este le premuere, ¿qué sucederá? Resuelto literalmente con el artículo 426-16 que expone que la condición puesta al fiduciario de no tener hijos se considera cumplida si tiene pero no le sobreviven, salvo que la voluntad expresa del fideicomitente sea otra, diferenciándose por tanto la figura catalana de la común a este respecto.

b.- El alcance exacto del término “*hijos*”, ¿incluye a los descendientes? Duda existente en el Derecho Común, y totalmente disipada en el ámbito civil catalán, ya que establece el artículo 426-15 del C.c. Catalán que si se impone expresa o tácitamente a un hijo o descendiente del fideicomitente un fideicomiso a favor de una persona que no es hijo o descendiente.

c.- O por último, la incertidumbre de mayor alcance jurídico que se plantea en nuestro Derecho Común en cuanto a los tipos de sustitución fideicomisaria *si sine liberis decesserit*, que, tal y como expusimos anteriormente, no es otra que si los hijos puestos en condición son o no llamados como sustitutos fideicomisarios de su padre-fiduciario (*positus in conditione non positus in substitutione*), duda que no se plantea tampoco en el C.c. Catalán, ya que establece literalmente su artículo 426-17 que en los fideicomisos ordenados para el caso de que el fiduciario muera sin dejar hijos, éstos no se consideran

fideicomisarios si no son llamados expresamente como tales o como sustitutos vulgares en fideicomiso, salvo que la voluntad del fideicomitente sea otra.

## **X.- LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO**

En nuestra opinión, nos encontramos aquí con el tipo de sustitución fideicomisaria más importante que existe, no sólo por el alcance que la misma supone (y que centrará el estudio de nuestras próximas páginas), sino porque, tal y como comenta LASARTE<sup>400</sup>, pese a su denominación, la sustitución fideicomisaria de residuo es más frecuente, en la realidad, que la sustitución fideicomisaria pura. Así se deduce de la jurisprudencia al respecto y así lo afirman la mayor parte de los notarios, buenos conocedores por antonomasia 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 propiamente dicha.

Y es que, tal y como recientemente expuso RIVAS MARTÍNEZ<sup>401</sup>, “*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*”.

### **10.1.- Concepto**

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 tendrá derecho a los bienes fideicomitidos

---

<sup>400</sup> LASARTE, *Op. cit.*, pág. 136.

<sup>401</sup> 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, pág. 487.

de los que el fiduciario no haya dispuesto “*inter vivos*”, o incluso, de haberlo autorizado así expresamente el testador, “*mortis causa*”.

Para la gran mayoría de autores este tipo de sustitución es conocida como “*fideicomiso de residuo*”, terminología que no podemos compartir ya que, tal y como expusimos anteriormente, no es la misma figura jurídica el fideicomiso que la sustitución fideicomisaria (y repetimos que no se trata de una simple cuestión de nomenclatura, sino de algo más hondo y trascendental, ya que cada figura responde a realidades distintas que no pueden confundirse), y, por ello, tendría un alcance jurídico diferente definir la figura que vamos a estudiar como fideicomiso de residuo en vez de sustitución fideicomisaria de residuo. De los pocos autores que reparan en esta misma cuestión encontramos a ÁLVAREZ CAPEROCHIPI<sup>402</sup>, quien manifiesta: “*A mi juicio, el impropriamente llamado fideicomiso de residuo es, en realidad, una sustitución fideicomisaria de residuo, pero plantea, frente a la sustitución fideicomisaria, unas especialidades que impiden que su régimen jurídico le sea íntegramente aplicable*”.

## **10.2.- ¿Es o no un tipo de sustitución fideicomisaria?**

Centrándonos ya en el estudio de la sustitución fideicomisaria de residuo, hemos de recalcar que su antecedente histórico se encuentra en el Derecho Romano, concretamente, en el llamado *fideicomiso de eo quod supererit*, cuyo objeto no es la entrega al fideicomisario de toda la herencia ni de parte alícuota de ella, sino tan sólo lo que quede o reste de la herencia fideicomitada al tiempo de la muerte del fiduciario.

La más notable peculiaridad de este *fideicomiso de eo quod supererit*, respecto de la moderna sustitución fideicomisaria de residuo, la constituye la limitación “*ex lege*” de la facultad de disposición del fiduciario.

Los criterios de limitación fueron dos, a lo largo del ciclo evolutivo del Derecho Romano: el del Emperador Marco, de atender al *arbitrium boni viri*, o sea, justificadas por causa lícita y probable; y la aplicación inversa de la falcidia adoptada por Justiniano, al considerar abusiva y fraudulenta la enajenación de más de las tres cuartas partes de la masa hereditaria.

---

<sup>402</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, “La sustitución fideicomisaria de residuo”, en *Revista de Derecho Privado*, Tomo LIX, 1.975, Madrid, pág. 175.

En cambio, en la actualidad, el fiduciario no tiene ningún tipo de limitación ya que, como expusimos con anterioridad y estudiaremos a fondo a continuación, podrá disponer de la herencia fideicomitida o bien *“inter vivos”*, o incluso, de haberlo autorizado así expresamente el testador, *“mortis causa”*.

La naturaleza jurídica de la institución de residuo fue objeto de grandes controversias tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, discutiéndose si era una modalidad o no de sustitución fideicomisaria, produciéndose una discrepancia radical entre la opinión de nuestra doctrina más autorizada y la jurisprudencia.

### **10.2.1.- Postura doctrinal**

La corriente doctrinal posterior a la publicación del C.c., representada, principalmente, por DE DIEGO<sup>403</sup>, comenzó entendiendo que la sustitución fideicomisaria de residuo no encajaba dentro del marco trazado para las sustituciones fideicomisarias ordinarias, ya que, en su opinión, *“no se les puede encajar por completo en el molde de las sustituciones fideicomisarias por faltar en ellas el elemento esencial de la obligación de conservar los bienes, debiendo estimarse por tanto que se trata de instituciones condicionales, y no de sustituciones fideicomisarias”*.

En este sentido, expone GONZALEZ PALOMINO<sup>404</sup> que *“nuestra mejor barba jurídica, don FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, rompió lanzas por dos veces en defensa de que el fideicomiso de residuo no pertenecía a la familia de la sustitución fideicomisaria (...) y esto lo hacía basado fundamentalmente en bibliografía italiana”*.

Tal y como reconoce la gran mayoría de la doctrina española<sup>405</sup>, esta conclusión de DE DIEGO condujo a la confusión de nuestra jurisprudencia posterior sobre la naturaleza jurídica de la institución de residuo.

Pero, ¿por qué considerar que la conclusión alcanzada por el referido autor era errónea?

---

<sup>403</sup> DE DIEGO, *Naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas testamentarias de residuo*, Editorial Reus, Madrid, 1.926, pág. 106.

<sup>404</sup> GONZÁLEZ PALOMINO, *Enajenación de bienes pseudousufructuados*, Conferencia desarrollada en la semana notarial de Santander en el verano de 1.948. Editorial Reus, Madrid, 1.950, pág. 82.

<sup>405</sup> Junto a los autores que se recogen en el texto principal, destacan, entre otros, GONZÁLEZ PALOMINO, *Op. cit.*, págs. 82 y 83 y DE BUEN, en sus notas a COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, Tomo VIII, Editorial Reus, Madrid, 1.975, pág. 468 y 469.

Principalmente, por dos motivos. El primero fue el hecho de que para llegar a tal conclusión se basase en la bibliografía italiana de la época, porque mientras los juristas italianos tuvieron que buscar fórmulas fuera de la sustitución fideicomisaria (la cual estaba completamente prohibida) para introducir en su Ordenamiento la voluntad del testador reflejada en cláusulas de residuo por no ir éstas ni contra la moral, ni contra el orden público ni las buenas costumbres, en España, en cambio, las sustituciones fideicomisarias estaban legalmente admitidas, por lo que las de residuo debían entenderse directamente comprendidas dentro del ámbito de aquéllas, y no fuera.

En la misma línea, recoge VALLET DE GOYTISOLO<sup>406</sup> que *“las dudas de DE DIEGO inspiradas en la bibliografía extranjera, que se aventuró en ellas para escapar de la prohibición de los fideicomisos han sido, sin duda, la fuente –falseada por plantear un problema extranjero que nosotros no tenemos– de la desorientación de nuestra jurisprudencia”*.

Por su parte PUIG BRUTAU<sup>407</sup> expresa: *“Precisamente estamos ante uno de los casos (dicen nuestro autores) en que se han tomado ideas del extranjero sin la más pequeña justificación. Era natural que en los países cuyo Derecho civil prohíbe las sustituciones fideicomisarias, se buscara la manera de legalizar la existencia de las inocuas sustituciones de residuo a base de afirmar que no eran sustituciones fideicomisarias. Pero en España, admitidas las sustituciones fideicomisarias, la adopción de semejante criterio carece por completo de sentido”*.

El segundo de los motivos por el que consideramos erróneo el planteamiento de DE DIEGO, es que siete años antes de la publicación del C.c., ALONSO MARTÍNEZ, “padre ideológico” del mismo, comentando el *iter* llevado a cabo por la Comisión General de Codificación para alcanzar el contenido final de las Cinco Bases que fueron el antecedente inmediato de las sustituciones fideicomisarias actuales, nos cuenta cómo, desde entonces, la intención del legislador codificador fue claramente dejar a la voluntad del testador el conceder o no al fiduciario la facultad de enajenar los bienes fideicomitidos, dejando entrever con ello la existencia de dos tipos de sustituciones fideicomisarias, una, en las que el silencio del testador supondrá que ha querido conservar íntegramente los bienes fideicomitidos para los fideicomisarios (sería la

---

<sup>406</sup> VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios de Derecho Sucesorio*. Volumen I. Editorial Montecorvo S.A., 1.980, pág. 251.

<sup>407</sup> PUIG BRUTAU, *Op. cit.*, pág. 569.

sustitución fideicomisaria pura u ordinaria, que regirá por defecto-silencio del testador al respecto) y otra, posible sin ningún género de dudas, en las que el testador exprese claramente su intención de facultar al fiduciario a enajenar los bienes (sustitución fideicomisaria de residuo).

Debido al interés de sus palabras y al alcance de las mismas, entendemos oportuno traer a colación el extracto literal de ALONSO MARTÍNEZ<sup>408</sup> cuando narra: *“Faltaba sin embargo dilucidar una cuestión que surgió en el seno de la Comisión de Códigos del choque mismo de opiniones entre los representantes de las legislaciones privilegiadas; aludo al de si el fideicomiso ha de llevar consigo necesariamente la prohibición de enajenar.*

*He ido indicando ya que en Aragón, lo mismo que en Navarra, subsiste en los llamamientos la libertad de enajenar, no teniendo el fideicomiso derecho más que a los bienes que queden en el momento de la muerte del fiduciario; y, como es natural, los jurisconsultos aragoneses y navarros se inclinaban a introducir en el Código general esta especialidad del fideicomiso foral. El insigne letrado catalán (Durán y Bas), enamorado del fideicomiso romano, protestaba contra la novedad, no concibiendo siquiera, dados el carácter y la noción jurídica de esta institución, cómo puede dejar de existir en ella la prohibición de enajenar los bienes, salvo siempre la facultad excepcional de realizar los que sean necesarios para el pago de deudas hereditarias, si las hubiere, u otras atenciones de índole preferente. (...)*

*Ahora bien, ¿en nombre de qué interés social se puede prohibir a un ciudadano que teste en la manera que es usual en Aragón y Navarra? Planteada la cuestión en estos términos, los vocales de la Comisión Codificadora no podían menos de estar acordes en que el nuevo Código, en punto a la facultad de enajenar los bienes del fideicomiso, debería respetar la voluntad del testador. En el silencio de éste, la presunción de derecho es que ha querido conservarlos íntegros para el fideicomisario. Así es como quedó fallado el litigio entre el fideicomiso foral y romano”.*

Si a esta última afirmación de ALONSO MARTÍNEZ, en cuanto a que la facultad o no del fiduciario de enajenar los bienes depende de la voluntad del testador, y que si éste no dice nada al respecto es que habrá querido conservarlos íntegros para el

---

<sup>408</sup> ALONSO MARTÍNEZ, *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, reproducida en la obra de ROGEL y VATTIER (coords.), *Manuel Alonso Martínez. Vida y obra*, Editorial Tecnos, Madrid, 1.991, págs. 1.219 y 1.220.

fideicomisario, le unimos el contenido de la Base D) de la famosa Ley de Bases de 1.882, antecedente inmediato del artículo 783 del C.c., que recoge que “*para que el fiduciario pueda distraer alguna cantidad de los bienes que debe restituir, salvo las deducciones por créditos y mejoras, deberá haber declaración expresa del testador*”, únicamente podemos llegar a la conclusión de que mediante el artículo 783.2 del C.c., al preverse que “*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 de que el testador haya dispuesto otra cosa*”, lo que realmente hizo el legislador de la época codificadora fue establecer dos tipos de sustituciones fideicomisarias, las puras u ordinarias, y las de residuo, pero dos sustituciones fideicomisarias al fin y al cabo, por lo que no podemos compartir la idea de DE DIEGO de que la institución de residuo no es una sustitución fideicomisaria.

La pena es que la tesis defendida por DE DIEGO en 1.926 (y seguida por nuestra jurisprudencia durante muchos años), no pudo ser rebatida por ninguno de los miembros de la Comisión General de Codificación de noviembre de 1.882 al estar ya entonces todos fallecidos<sup>409</sup>, pero no nos cabe duda de que, de haberse podido pronunciar al respecto cualquiera de ellos, entendemos que lo hubiese hecho en el sentido de confirmar que con el contenido de la Base D) de 1.882, lo que pretendían transmitir los componentes de dicha Comisión era la posibilidad por parte del testador de establecer dos tipos de sustituciones fideicomisarias diferentes, la ordinaria y la de residuo.

Sin embargo, la teoría defendida por DE DIEGO deja de seguirse entre nuestra doctrina más reconocida a partir de la segunda mitad del Siglo XX, cuando autores como ROCA SASTRE<sup>410</sup> y GONZÁLEZ PALOMINO<sup>411</sup> empiezan a plantear dudas al respecto, si bien no fue hasta 1.955 cuando JERÓNIMO LÓPEZ<sup>412</sup> elaboró un trabajo titulado “*La regulación del fideicomiso de residuo en el Código civil español*”, en el que el referido autor desmontaba, por completo, la teoría seguida por DE DIEGO.

Tanto es así que a partir de la citada obra de JERÓNIMO LÓPEZ, los autores posteriores a éste se apoyan siempre en su estudio para llegar a sus mismas

---

<sup>409</sup> Por ejemplo, el Presidente de dichas reuniones, ALONSO MARTÍNEZ, falleció en 1.890, mientras que los representantes forales, Durán y Bas (Cataluña) en 1.907, Franco y López (Aragón) en 1.896: o Lecanda y Mendieta (Vizcaya) en 1.900.

<sup>410</sup> ROCA SASTRE, *Estudios...*, cit., pág. 77.

<sup>411</sup> GONZÁLEZ PALOMINO, *Op. cit.*, pág. 82.

<sup>412</sup> JERÓNIMO LÓPEZ, *La regulación...*, cit., págs. 743 a 789.

conclusiones, desechando con ello la teoría propuesta, y seguida, hasta entonces por DE DIEGO.

Entre los autores que siguen a JERÓNIMO LÓPEZ destacan: VALLET DE GOYTISOLO<sup>413</sup>, PUIG BRUTAU<sup>414</sup>, OSSORIO MORALES<sup>415</sup>, LACRUZ BERDEJO<sup>416</sup>, DÍAZ ALABART<sup>417</sup>, DÍEZ PICAZO y GULLÓN<sup>418</sup>, O'CALLAGHAN<sup>419</sup>, o ALBALADEJO<sup>420</sup>, quien expone que *“en cuanto a los antecedentes históricos, ha demostrado JERÓNIMO LÓPEZ LÓPEZ, que prueban que el inciso final del párrafo II del art. 783 está dictado para acoger el fideicomiso de residuo”*.

La excepción a esta corriente doctrinal unánime posterior a JERÓNIMO LÓPEZ la encontramos en MANRESA<sup>421</sup>, quien, sorprendentemente, comienza posicionándose en un sentido para acabar en el otro, al recoger, en principio, que hacía suya la opinión de SÁNCHEZ ROMÁN y CASTÁN cuando sostenían que las cláusulas de residuo constituyen verdaderas sustituciones fideicomisarias, y, sin embargo, acaba el autor concluyendo que después del contenido de la Sentencia de 31 de diciembre de 1.949 *“no es posible seguir afirmando que el fideicomiso de residuo constituye una verdadera sustitución fideicomisaria, sino que constituye, por tanto, una singular sustitución condicional a favor del llamado en segundo lugar”*.

Las conclusiones que se pueden extraer del trabajo de JERÓNIMO LÓPEZ que, reiteramos, sirven de base para formar la opinión doctrinal existente desde entonces hasta hoy, son las siguientes:

a.- Que el artículo 781 de nuestro C.c. no pretende definir, ni define, la sustitución fideicomisaria, sino diferenciar la ordinaria de la de residuo.

---

<sup>413</sup> VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios...*, cit., pág. 250.

<sup>414</sup> PUIG BRUTAU, *Op. cit.*, pág. 569.

<sup>415</sup> OSSORIO MORALES, *Manual de Sucesión Testada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1.957, pág. 303.

<sup>416</sup> LACRUZ, *Elementos...*, edición revisada y puesta al día por RAMS ALBESA, cit., pág. 283.

<sup>417</sup> DÍAZ ALABART, *Comentarios...*, cit., pág. 210.

<sup>418</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, cit., pág. 106.

<sup>419</sup> O'CALLAGHAN, *Compendio...*, cit., 2.012, págs. 152 y 153.

<sup>420</sup> ALBALADEJO, *Comentario...*, pág. 1.933.

<sup>421</sup> MANRESA, *Op. cit.*, págs. 263 y 267.

b.- Que ésta está satisfactoriamente regulada en nuestro C.c. y no tan sólo mencionada, puesto que el concepto de sustitución fideicomisaria aceptado por el C.c. español comprende también el supuesto de la de residuo.

c.- Que el artículo 783 párrafo 2º se refiere a ésta última.

d.- Que el artículo 785, número 1º, no presupone que el heredero fiduciario esté obligado a conservar.

### 10.2.2.- Postura jurisprudencial

Hemos de comenzar señalando que hoy en día parece completamente superada aquella línea jurisprudencial que nuestro Tribunal Supremo mantuvo desde la publicación del C.c. hasta comienzos del siglo XXI, y que era totalmente contraria a la equiparación de la institución de residuo con la sustitución fideicomisaria. ¿El motivo?

A nuestro entender, pudo ser el hecho de que las dos Sentencias más importantes al respecto (nos referimos concretamente a la Sentencia de 13 de febrero de 1.943<sup>422</sup>, y a la de 13 de noviembre de 1.948<sup>423</sup>), y que sirven de base a todas las posteriores, fuesen dictadas después de las obras de DE DIEGO<sup>424</sup> y antes de 1.950<sup>425</sup>, año a partir del cual, la corriente doctrinal española es pacífica en cuanto a la inclusión de la institución de residuo como tipo de sustitución fideicomisaria.

Ambas Sentencias coinciden al exponer que *“las disposiciones testamentarias de residuo no encajan del todo en el marco de las genuinas sustituciones fideicomisarias reguladas en el artículo 781 y complementarios del Código civil, aunque tengan algunos elementos comunes con ellas y puedan serles aplicables, en determinados extremos, los preceptos que rigen en orden a esta otra figura jurídica”*.

---

<sup>422</sup> RJ 1943, 134.

<sup>423</sup> RJ 1948, 1270.

<sup>424</sup> Las obras de DE DIEGO al respecto, tanto la de “Naturaleza jurídica de...”, como la de “El fideicomiso de eo quod...”, datan ambas de 1.926.

<sup>425</sup> Por ejemplo, la obra de ROCA SASTRE, *Estudios...*, cit., es de 1.948, el mismo año de la última sentencia recogida; la de OSSORIO MORALES, *Manual...*, cit., de 1.957; la de PUIG BRUTAU, *Op. cit.*, cit., data de 1.977 y la de VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios...*, cit., es de 1.980.

Pero, ¿por qué nuestro Tribunal Supremo vino manteniendo durante tantos años<sup>426</sup> dicho razonamiento?

El motivo principal en el que se basó esta corriente jurisprudencial fue que la institución de residuo no englobaba una de las características “esenciales” (para la jurisprudencia era una característica esencial, para la doctrina, en cambio, es natural) que debía contener toda sustitución fideicomisaria, como es la obligación de conservar los bienes para restituirlos.

Al no existir esta obligación de conservar en la institución de residuo, entendía nuestro Tribunal Supremo que era imposible considerarla como una verdadera sustitución fideicomisaria.

Así lo expone la mencionada Sentencia de 13 de noviembre de 1.948<sup>427</sup>, cuando afirma que “...*el fideicomiso de residuo no se identifica totalmente con la genuina sustitución fideicomisaria, por apreciarse en uno y otra diversas diferencias; el instituido primeramente en la sustitución fideicomisaria (normal) viene obligado a conservar... los bienes de la herencia y a transmitirlos al sustituto en el momento fijado por el testador, mientras que el fiduciario de residuo puede disponer de los bienes por actos inter vivos, y aun por actos mortis causa, si para éstos hubiera sido autorizado también por el testador, viniendo solamente obligado a restituir lo que quedase al tiempo de su muerte*”.

Es decir, que no existe obligación de conservar, por lo que, al no existir esta obligación, entiende el Tribunal Supremo que no puede considerarse el fideicomiso de residuo una verdadera sustitución fideicomisaria.

Nosotros, en cambio, discrepamos de esta opinión jurisprudencial, y nos posicionamos en la que se viene manteniendo por nuestra doctrina al entender que la obligación de conservar los bienes que se le impone al fiduciario no es una característica esencial de la sustitución fideicomisaria, sino natural, por lo que el causante podrá dispensar de ella de ser éste su deseo, mientras que en cambio, de las que jamás podrá dispensar, son de las

---

<sup>426</sup> Por ejemplo, las SSTS de 28 de junio de 1.947 (RJ 1947, 920); 13 de noviembre de 1.948 (RJ 1948, 1270); 1 de diciembre de 1.951 (RJ 1951, 2617); 6 de abril de 1.954 (RJ 1954, 1551); 21 de noviembre de 1.956 (RJ 1956, 3830) y 20 de octubre de 1.962 (RJ 1962, 3980).

<sup>427</sup> RJ 1948, 1270.

dos únicas características esenciales que presenta la figura, es decir, de la pluralidad de llamamientos y del orden sucesivo entre los llamados.

En este sentido, traemos a colación las palabras de VALLET DE GOYTISOLO<sup>428</sup> cuando expone que *“el pretendido obstáculo de la obligación de conservar y restituir, -que como ya hemos dicho es elemento natural, pero no esencial, de las sustituciones fideicomisarias- ha quedado demostrado que no lo es para la consideración como sustituto fideicomisario del llamado en el residuo, lo que ha probado exhaustivamente Jerónimo López en su magnífico trabajo sobre este tema”*.

Por su parte, DE BUEN<sup>429</sup>, con el que vuelve a coincidir DOMINGO AZNAR<sup>430</sup> en los mismos términos a lo largo de toda la regulación de cuestión objeto de estudio, entiende que los caracteres de la sustitución fideicomisaria, uno al menos, resaltan en el fideicomiso de residuo con toda limpieza: el orden sucesivo. El testador establece la serie de herederos, y fuera de lo que incluye en ella ninguna otra persona puede integrarse en aquel orden.

En la misma línea, argumenta DÍAZ ALABART<sup>431</sup> que la sustitución fideicomisaria, de esencia, sólo requiere que el testador haya establecido un *orden* sucesivo de herederos: *primero* el fiduciario, *después* los fideicomisarios, uno si únicamente se nombra uno, y *luego* los otros, si es que se nombran varios, cada uno después del otro.

Aunque, en nuestra opinión, el autor que mejor refleja la opinión doctrinal que se viene siguiendo es ALBALADEJO<sup>432</sup>, cuando afirma: *“que objetivamente el fideicomiso de residuo es una sustitución fideicomisaria queda claro en cuanto se advierte que el deber de conservar los bienes fideicomitidos (no pudiendo así disponer de ellos, como, por el contrario, sí puede el fiduciario si el fideicomiso es de residuo) no es de esencia a la sustitución fideicomisaria, a la que sólo es de esencia el orden sucesivo de herederos, primero el fiduciario, luego el fideicomisario, los dos, uno después del otro heredero del causante. Y ese ordo successivus se da en el fideicomiso de residuo, en el que los bienes, después de al fiduciario, irán al fideicomisario, aunque, ciertamente, sólo aquéllos de los que el primero no hubiese dispuesto. Hay pues una única figura de*

---

<sup>428</sup> VALLET DE GOYTISOLO, *Op. cit.*, págs. 251 y 252.

<sup>429</sup> DE BUEN, *Op. cit.*, págs. 471.

<sup>430</sup> DOMINGO AZNAR, *Op. cit.*, págs. 84 a 92.

<sup>431</sup> DÍAZ ALABART, *Op. cit.*, págs. 212 y 213.

<sup>432</sup> ALBALADEJO, *Comentario...*, cit., pág. 1.933.

*sustitución fideicomisaria, la que se caracteriza única y exclusivamente por el establecimiento de varios herederos sucesivos del testador y dentro de ella dos variantes: una, la de la sustitución fideicomisaria normal o usual, que es la que se entiende ordenada, salvo que se disponga de otra cosa, en la que el fiduciario no puede disponer de la herencia fideicomitada; otra, la del fideicomiso de residuo, o sustitución fideicomisaria sin deber de conservar los bienes, en la que, con facultades más o menos amplias, las que se le concedan en cada caso, el fiduciario pueda en mayor o menor grado enajenarlo. Eso lo ha ido admitiendo la doctrina española moderna”.*

En resumen, la doctrina entiende que el deber de conservar la herencia para que pase de uno a otro no es un requisito de carácter esencial en la sustitución fideicomisaria, sino que se entiende como de carácter natural. Es decir, que el deber de conservar los bienes fideicomitados por parte del fiduciario para transmitirlos (una vez llegado el término o cumplida la condición impuesta por el causante) a los fideicomisarios, queda englobado en la sustitución fideicomisaria de forma natural, sin necesidad de que así lo exprese formalmente el testador.

No siendo de esencia de la sustitución fideicomisaria el deber de conservar, sino sólo el orden sucesivo de herederos, y la pluralidad de llamamientos que ello conlleva, queda claro que el fideicomiso de residuo está comprendido dentro de la figura de la sustitución fideicomisaria.

¿Y si lo que estaba transmitiendo nuestro Tribunal Supremo era la imposibilidad de equiparar la institución de residuo con una sustitución fideicomisaria ordinaria, pero la posibilidad, en cambio, de equipararla con una sustitución fideicomisaria condicional?

En este sentido parecía que se iba a posicionar nuestro Alto Tribunal a partir de 1.983, cuando expresó mediante su importante Sentencia de 25 de abril<sup>433</sup>, en su Considerando segundo: *“es decir, se trata de una sustitución fideicomisaria o fideicomiso de residuo, supuesto que permite 783 párrafo 2º, donde, después de establecer que ‘el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras’, añade, ‘salvo el caso en el que el testador haya dispuesto otra cosa’, que es lo que aquí sucedió con la modalidad de ‘fideicomiso de si queda’ o de ‘si aliquid supererit’...”*

---

<sup>433</sup> RJ 1983, 2122.

En este supuesto, el Tribunal Supremo equiparaba el “si queda algo” fijado por el testador, como la condición que de cumplirse, o no, conllevaría la delación a favor del fideicomisario de la herencia fideicomitida.

Sin embargo, y para sorpresa de todos los autores, esta Sentencia fue sólo un espejismo ya que, poco después, el Tribunal Supremo continuó en la misma línea de no equiparar la institución de residuo con la sustitución fideicomisaria en general, basándose para ello, casi literalmente, en los mismos argumentos que lo hacían las Sentencias de 1.943 y 1.948, tal y como reflejan, entre otras, la Sentencia de 10 de abril de 1.985<sup>434</sup>, cuando establece que *“en parte reitera la de 23 de diciembre de 1982, que las disposiciones testamentarias de residuo no encajan del todo en el marco de las genuinas sustituciones fideicomisarias reguladas en el artículo 781 y complementarios del Código Civil, no obstante tener algunos elementos comunes con ellas y poder serles aplicables, en determinados extremos, los preceptos que siguen en orden a esta clásica figura jurídica...”*; o la de 13 de marzo de 1.989<sup>435</sup>, conforme a la cual *“la cláusula cuarta del testamento de don Julián de O. y B. suponía un fideicomiso de residuo, figura que aun sin encajar del todo en el marco de las sustituciones fideicomisarias comprendidas en el art. 781 del Código Civil, ofrece notas comunes con ellas y permite la aplicación, en aspectos concretos, de sus preceptos reguladores...”*.

Una vez expuesto todo lo anterior, nos congratula acabar el presente epígrafe exponiendo que, ¡por fin!, parece que, en la última década, la opinión jurisprudencial comienza a abandonar la idea de que es de esencia a la sustitución fideicomisaria el deber de conservar, y empieza a casar con la opinión defendida por nuestra doctrina al respecto.

Y todo ello, a partir de la importantísima Resolución de la DGRN de 17 de septiembre de 2.003<sup>436</sup>, la cual afirma: *“en efecto, so pretexto de que la decisión sobre si la sustitución fideicomisaria con obligación de conservar, implica la vulgar tácita, es una cuestión que se resuelve en función de una actividad de interpretación en función integradora, y de que el llamamiento al residuo es una modalidad de sustitución fideicomisaria, se concluye, con facilidad, que la decisión sobre si el llamamiento al residuo implica la vulgar tácita, es también una cuestión cuya resolución se realiza sin*

---

<sup>434</sup> RJ 1985, 1690.

<sup>435</sup> RJ 1989, 2039.

<sup>436</sup> RJ 2003, 6279.

*traspasar la frontera de la actividad interpretativa, y que debe tener la misma respuesta favorable”.*

Visto su contenido se entiende que dicha Resolución, para llegar a la conclusión de que al igual que sucede con la ordinaria, la sustitución fideicomisaria de residuo implica la vulgar, afirma por el camino que la institución de residuo es una sustitución fideicomisaria.

Pero no sólo nos encontramos con esta resolución en dicho sentido, sino que justo un año después, concretamente el 27 de octubre de 2.004<sup>437</sup>, la propia DGRN vuelve a resolver en la misma línea, al denominar a la institución de residuo directamente como sustitución fideicomisaria de residuo, y al afirmar al respecto que: *“No obstante, si tenemos en cuenta que, aun reconociendo las diferencias entre la sustitución fideicomisaria propiamente dicha y la de residuo, la conclusión más conforme con la literalidad del artículo 783 del Código Civil es la de considerar, con la doctrina científica, que el fideicomiso de residuo es una modalidad de la sustitución fideicomisaria modalizada porque el fiduciario puede disponer de los bienes en los términos que le haya autorizado el testador. De acuerdo con ello, el elemento esencial de la sustitución fideicomisaria sería el del llamamiento múltiple y cronológicamente sucesivo mientras que la indisponibilidad en perjuicio del sustituto sería un elemento natural del que el testador puede dispensar”.*

Por lo que venimos argumentando, seguramente las Resoluciones de la DGRN que acabamos de exponer, sirvieron de base para la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2.008<sup>438</sup>, a pesar de que no haga referencia a ellas, cuando en su Fundamento de Derecho Tercero argumenta literalmente que *“el fideicomiso de residuo aparece contemplado por el legislador dentro de las sustituciones fideicomisarias (aunque se aprecie cierta resistencia a encuadrarlo en ellas en cuanto falte la obligación de conservar bienes por parte del heredero fiduciario) al permitir el artículo 783 del Código civil que el testador autorice al fiduciario a no devolver al fideicomisario el todo de la herencia, en cuanto dispone, en su segundo párrafo, que <el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras*

---

<sup>437</sup> RJ 2004, 7808.

<sup>438</sup> RJ 2008, 7696.

*deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso que el testador haya dispuesto otra cosa>”.*

Otra Sentencia mediante la cual se acredita que la jurisprudencia comienza a rechazar sus recelos sobre la posibilidad de que la institución de residuo sea una sustitución fideicomisaria, es la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2.009<sup>439</sup>, que establece que al fideicomiso de residuo *“ha de considerársele incluido en la definición del artículo 781 CC”*.

Pero, sin ninguna duda, la Sentencia más importante de nuestro Alto Tribunal en cuanto al hecho de considerar como esencia de la sustitución fideicomisaria el orden sucesivo de llamamientos, y el cumplimiento de dicha característica esencial por parte de la sustitución fideicomisaria de residuo es la reciente de 6 de junio de 2.014<sup>440</sup>, la cual expone en su Fundamento de Derecho Segundo: *“la esencia del fideicomiso (rectius, sustitución fideicomisaria) es el ordo sucessivus, el nombramiento de un preheredero (el fiduciario) y, sucesivamente, de un postheredero (el fideicomisario) pero en el residuo, el fiduciario tiene poder de disposición sobre los bienes fideicomitados, en la medida que haya ordenado el testador fideicomitente. Han tratado directamente del fideicomiso de residuo, las Sentencias de 13 marzo 1989 (RJ 1989, 2039) (“aún sin encajar del todo en el marco de las sustituciones fideicomisarias”), la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariados de 27 octubre 2004 (RJ 2004, 7807) (“modalidad de la sustitución fideicomisaria”). Comprende los actos a título oneroso o gratuito, si así lo dispone el causante (Sentencia de 13 mayo 2010 (RJ 2010, 3694).*

*En el caso presente, comprende los actos inter vivos y a título oneroso (a título gratuito, o mortis causa, sólo a favor de la fundación fideicomisaria). Sin embargo, lo que no disponga (si quid supererit) se transmite directamente al heredero fideicomisario”.*

Y continúa exponiendo la referida Sentencia en su Fundamento de Derecho Tercero: *“La especialidad de éste alcanza al contenido de los bienes. Estos tendrán mayor o menor entidad según haya dispuesto la fiduciaria, pero los conceptos esenciales de la sustitución fideicomisaria se mantienen.*

*(...) En el fideicomiso de residuo el fideicomisario es heredero desde la muerte del causante, pero el contenido de la herencia será mayor o menor según haya dispuesto la*

---

<sup>439</sup>RJ 2009, 4246.

<sup>440</sup> RJ 2014, 3127.

*fiduciaria, que lo puede haber dispuesto del todo (si quid supererit). En este sentido tiene una mera expectativa, pero heredero sí lo es (a no ser que se trate de fideicomiso condicional, que no es el caso); es lo que se ha denominado "postheredero", tras el fiduciario, "preheredero" en ordo susesivus".*

Con estas últimas Sentencias parece que nuestro Alto Tribunal empieza a posicionarse en la misma línea que defendían nuestros autores más autorizados de forma unánime al entender que, efectivamente, el legislador español de la época codificadora lo que pretendió al permitir al testador autorizar al fiduciario a no devolver el todo de la herencia mediante el artículo 783 párrafo 2º C.c. fue englobar dentro de las sustituciones fideicomisarias las sustituciones fideicomisarias de residuo.

¡Más vale tarde que nunca!

### **10.2.3.- Su regulación en los Derechos forales**

En la Compilación Navarra, mientras que las sustituciones fideicomisarias quedan reguladas en el capítulo III, la sustitución de residuo se recoge en el capítulo IV.

Según NANCLARES VALLE<sup>441</sup>, *“esta diferente ubicación sistemática hace pensar que en la mentalidad de los autores de la Compilación estamos ante instituciones evidentemente próximas pero distintas. Próximas porque en ambos casos se produce un llamamiento múltiples a los bienes del disponente, pero distintas porque en la sustitución fideicomisaria lo que define la posición del fiduciario es la obligación de conservar y entregar al fideicomisario los bienes recibidos del fideicomitente o lo recibido a cambio de ellos en aquellos casos en los que opere la subrogación real (ley 235) por haber dispuesto el fiduciario de dichos bienes en los términos de la ley 233, mientras que en la sustitución de residuo no necesariamente rige esa obligación de conservar para restituir”*.

Así, establece la Ley 239 del Derecho civil Navarro que *“en las sustituciones de residuo, si no se hubiera ordenado otra cosa, el instituido sólo podrá disponer de los bienes por actos inter vivos y a título oneroso. Si se le hubiere autorizado para disponer*

---

<sup>441</sup> NANCLARES VALLE, *Sustituciones fideicomisarias...*, cit., pág. 1.093.

*incluso a título lucrativo, se presumirá que está autorizado para disponer por actos inter vivos o mortis causa.*

*Residuo.- Los bienes de que el instituido no hubiere dispuesto válidamente pasarán, en el momento establecido o evento previsto, a la persona o personas designadas para recibirlos”.*

MARTÍNEZ MARTÍNEZ<sup>442</sup> define a la sustitución fideicomisaria recogida en la Compilación Balear como “*aquella en el que el fiduciario instituido tiene la facultad de disponer, con mayor o menor amplitud, de los bienes objeto de la institución, y por consiguiente que esos bienes (los objeto del fideicomiso) quedan concretados o reducidos a los que no hubiera dispuesto válidamente, y que serán por tanto los que pasarán (en el momento oportuno) del instituido a la persona o personas designadas para recibirlos*”. Continúa el autor argumentando que “*En el Derecho navarro, se mantiene abiertamente un criterio totalmente contrario al de la Compilación de Baleares, art. 37.1º, ya que no ha acogido el límite de JUSTINIANO, que reservaba para el fideicomisario o persona llamada o designada para recibir bienes objeto del mismo la cuarta parte de la herencia –la cuarta falcidia– salvo casos de necesidad*”.

Lo cierto es que de la redacción dada a la sustitución fideicomisaria de residuo en la Compilación Navarra debemos llegar a la conclusión de que ésta se regirá por los siguientes principios:

1.- Con el comienzo de *si no se hubiere dispuesto otra cosa* (por parte del fiduciario), se entenderá por defecto que el instituido *sólo podrá disponer de los bienes por actos inter vivos y a título oneroso*.

2.- Cuando no se haya expresado la voluntad del testador al respecto, sino que únicamente se limitó a denominar la sustitución que estableció como “*de residuo*”, el poder de disposición que alcanza al fiduciario es sólo sobre los actos *inter vivos* y a título oneroso, encontrándonos, eso sí, frente a una sustitución de residuo de la modalidad *si aliquid supererit* (si quedase algo), ya que nos dice el segundo párrafo del artículo que “*los bienes de que el instituido no hubiere dispuesto válidamente pasarán...*”, por lo que, en base a dicha redacción, se entiende que depende del

---

<sup>442</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Tratado...*, cit. pág. 724.

fiduciario disponer o no de todos los bienes fideicomitidos sin que se haya de producirse en estos supuestos la subrogación real, ya que nada se precisa al respecto.

Es decir, que la enajenación de un bien fideicomitido realizada por el fiduciario, así como los bienes o el dinero que adquiriera a cambio, quedan libres del fideicomiso.

La Compilación Balear, por su parte, sí incluye el artículo dirigido a la institución de residuo dentro de la sección segunda del capítulo III, dedicada a las sustituciones fideicomisarias.

Establece su artículo 37: *“Si se sujetaren a sustitución fideicomisaria solamente los bienes que quedaren al fiduciario el día de su fallecimiento, podrá éste enajenar y gravar a título oneroso las tres cuartas partes de los comprendidos en la sustitución, debiendo restituir al fideicomisario la otra cuarta parte, si el testador no le hubiere relevado de tal obligación.*

*El valor de los bienes de que hubiera dispuesto el fiduciario se imputará a lo que por legítima, trebeliánica u otros derechos le corresponda. El fiduciario viene obligado a formalizar inventario con citación de los fideicomisarios conocidos o del Ministerio Fiscal, en el caso de que no lo fueran o no comparecieran. El inventario se practicará conforme a las normas establecidas para la cuarta trebeliánica.*

*Para asegurar la restitución de la cuarta parte reservada a los fideicomisarios, podrán estos pedir su determinación. Mientras no hayan usado de esta facultad no podrán ejercitar acción alguna para impugnar los actos dispositivos del fiduciario,*

*En caso de indigencia o extrema necesidad podrá el fiduciario disponer también de la cuarta parte”.*

Lo primero que nos llama la atención en la regulación dada por la Compilación Balear a la institución de residuo es precisamente que no se dirige a ella. No hay ni rastro del término “*residuo*” en el artículo 37 (a diferencia de lo que sucede en Navarra o Cataluña, como veremos).

Dicho lo cual, no nos cabe ninguna duda de que, y a diferencia de lo que ocurre en la Compilación Navarra, en la Balear nos encontramos frente a un tipo de sustitución fideicomisaria de las conocidas como *de eo quod supererit* (de lo que debe quedar). Y todo ello porque, en base a la redacción del artículo 37, el fiduciario por imperativo

legal habrá de restituir, como mínimo, una cuarta parte de la herencia fideicomitida al fideicomisario.

La herencia fideicomitida balear está formada por tres cuartas partes de las que el fiduciario podrá disponer libremente, y una cuarta parte que debe entregar a su fallecimiento al fideicomisario (obviamente, la restitución la harán los herederos del fiduciario ya fallecido), conociéndose esta cuarta parte que corresponde al fideicomisario como “cuarta inversa”.

Así, por ejemplo, comenta la autora FERRER VANRELL<sup>443</sup> que *“el fiduciario o sus herederos, tiene la obligación de restituir la cuarta parte de los bienes fideicomitados, la llamada <<cuarta inversa>>, salvo que le haya relevado el fideicomitente. (...) La cuarta parte de los bienes que conforman la cuarta inversa no puede reclamarse por el fideicomisario hasta el fallecimiento del fiduciario. Para asegurarla puede pedir su determinación, pero no la entrega de los bienes”*.

Nos llama la atención el nombre dado a esta cuarta parte reservada al fideicomisario, el de “cuarta inversa”, ¿inversa a qué?

Suponemos que dicha terminología se le atribuye al comparársele con la cuarta trebeliánica, ya que mientras ésta aparece como cuarta parte reservada al fiduciario en caso de aceptar la herencia fideicomitida, la cuarta inversa aparece justo para lo contrario, reservar una cuarta parte al fideicomisario tras la aceptación del fiduciario.

En cuanto a las facultades de disposición del fiduciario balear en una sustitución fideicomisaria de residuo, estableció el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (Sala de lo Civil y Penal), en su Sentencia de 1 de febrero de 2010<sup>444</sup> que *“si en el fideicomiso de residuo ordinario el párrafo cuarto del art. 37 de la Compilación impide a los fideicomisarios impugnar los actos dispositivos del fiduciario mientras no se hayan concretado qué bienes singulares quedan adscritos a satisfacer la cuarta inversa, se entiende que el fiduciario puede hasta entonces ejercer sobre cualquiera bienes fideicomitados el poder de disposición que le corresponde sobre la herencia en tanto que heredero; sin perjuicio, claro está, de la ineficacia que, llegado el momento*

---

<sup>443</sup> FERRER VANRELL, *Sustituciones fideicomisarias...*, cit., pág. 1.081.

<sup>444</sup> RJ 2010, 1487.

*de la restitución, deba acordarse respecto de lo que, teniendo en cuenta el global, dispuso con exceso, lo cual aquí no aparece acreditado”.*

Dicho lo cual, hemos de recalcar que existen dos supuestos en los que la cuarta inversa puede suprimirse, ya que la Compilación Balear permite al fiduciario disponer de ella cuando:

a.- Sea ésta la voluntad expresa del testador.

Coincidimos en este sentido con RIVAS MARTÍNEZ<sup>445</sup> cuando entiende que el artículo 37, siguiendo el principio tradicional en Derecho Sucesorio de otorgar primacía a la autonomía de la voluntad del testador, establece que éste podrá relevar al fiduciario de la obligación de restituir al fideicomisario la cuarta parte de los bienes fideicomitidos.

Puede, pues, el testador excluir o reducir la cuantía de los bienes que han de ir al fideicomisario fijando como derecho de éste una parte alícuota menor que la “cuarta inversa”.

No parece que puedan existir diferencias entre las ideas que informan el artículo 37 y las que alimentan el artículo 29 de la Compilación, porque si está claro que el testador, por decisión expresa, goza de atribuciones para eliminar la cuarta trebeliánica como derecho del fiduciario, a igual conclusión debe llegarse en cuanto a la exclusión o reducción de la “cuarta inversa” como potencial derecho del fideicomisario en el fideicomiso de residuo, mediando, como es lógico, expresa declaración de voluntad del fideicomitente plasmada en su testamento.

b.- En los supuestos de indigencia o extrema necesidad del fiduciario.

El fiduciario, aun sin la autorización del testador contemplada en el apartado anterior, podrá disponer de la cuarta parte destinada necesariamente a favor del fideicomisario o sus herederos, en los supuestos de indigencia o extrema necesidad, situaciones ambas muy difíciles de apreciar dada la ausencia de concreciones específicas en la ley para saber qué se entiende por *indigencia*, o qué por *extrema necesidad*.

Una última duda que se plantea en la sustitución fideicomisaria de la Compilación Balear es la del alcance del ejercicio del *ius disponendi* del fiduciario.

---

<sup>445</sup> RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho...*, cit. pág. 238.

Al respecto, existen autores que consideran que la facultad de disposición del fiduciario únicamente se refiere a actos *inter vivos*, llevando consigo la prohibición de disponer *mortis causa*; mientras que otros autores, con los que coincidimos, consideran que la disposición *mortis causa* por parte del fiduciario blear en este tipo de sustituciones fideicomisarias podrán darse siempre y cuando así fuese establecido expresamente por el testador. En este sentido, se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 5ª) de 17 de octubre de 2002, al exponer que “...salvo supuestos de indigencia del fiduciario, el fideicomisario tiene asegurada una cuarta parte del haber hereditario (denominada por la doctrina ‘cuarta inversa’), de la que no puede disponer el fiduciario. (...) A los efectos de la concreta cuestión controvertida, es preciso resaltar, que las posibilidades de que en un fideicomiso de residuo pueda disponerse *mortis causa* debe inferirse con claridad de la disposición testamentaria. En parecido sentido exigen la clara autorización para actos ‘*mortis causa*’ las STS de 1 de diciembre de 1951, 21 de noviembre de 1956, 2 de diciembre de 1966, y 25 de mayo de 1971. La reciente STS de 6 de febrero de 2002, con cita de dos de las anteriores y reitera que es admisible que de una cláusula fideicomisaria de residuo pueda autorizarse a disponer ‘*mortis causa*’, y en el supuesto enjuiciado así lo aprecia, pero reseña que ‘tal posibilidad debe constar de forma expresa’”.

Por último, el Derecho Civil Foral que más ampliamente regula la figura de la institución de residuo es, cómo no, el Derecho Civil catalán.

Así, al igual que sucede en la Compilación Balear, y a diferencia de la Compilación Navarra, en el C.c. Catalán la institución de residuo (bajo nuestro punto de vista mal denominada fideicomiso de residuo) queda encuadrada en el capítulo dedicado a la sustitución fideicomisaria, pero otorgándole en este caso a su estudio una sección entera, concretamente la sección sexta del capítulo VI, que lleva por título “*El fideicomiso de residuo y la sustitución preventiva de residuo*”.

Dispone el artículo 426-51 del C.c. Catalán: “*En el fideicomiso de residuo, el fideicomitente faculta al fiduciario para disponer, en todo o en parte, de los bienes fideicomisos. También existe fideicomiso de residuo cuando el fideicomitente establece que los bienes de los que no haya dispuesto el fiduciario deben hacer tránsito al fideicomisario, o cuando se subordina el fideicomiso al hecho de que, al morir el*

*fiduciario, queden en la herencia o en el legado bienes fideicomisos de los que éste no haya dispuesto”.*

Si al contenido de este artículo le sumamos el del 426-58, párrafo segundo, que contempla que *“las disposiciones relativas a la prestación de garantía y de otras obligaciones respecto a los bienes fideicomisos sólo son exigibles en el supuesto en que, por voluntad del fideicomitente, una parte de los bienes se haya reservado para hacer tránsito al fideicomisario”*, lo lógico sería pensar que la sustitución de residuo catalana implica, por defecto, una sustitución de modalidad *si aliquid supererit* (como sucede en la Compilación Navarra), ya que en su regulación aparecen frases como: *“...los bienes de los que no haya dispuestos el fiduciario...; cuando queden en la herencia o en el legado bienes fideicomisos de que los que éste no haya dispuesto...; en el supuesto en que, por voluntad del fideicomitente, una parte de los bienes se haya reservado para hacer tránsito al fideicomisario”*.

De ahí que se pudiese llegar a la conclusión de que en Cataluña, el hecho de que queden o no bienes fideicomitados en una sustitución de residuo depende únicamente del fiduciario (sustitución *si aliquid supererit*). Sin embargo, esto es sólo una apariencia.

Entendemos que en el fideicomiso de residuo catalán, en los supuestos en los que el fideicomitente no declare expresamente frente a qué modalidad nos encontramos, deberá entenderse por defecto instituida la modalidad de fideicomiso *de eo quod supererit* (de lo que debe quedar), al menos desde el punto de vista práctico.

¿Y por qué llegamos a esta conclusión si la literalidad de los artículos expuestos con anterioridad invita justo a lo contrario?

Pues porque, si bien es cierto que el fiduciario de residuo puede disponer libremente de todos los bienes fideicomitados en Cataluña, también lo es que el artículo 426-56.1, le obliga a reintegrar lo obtenido por la enajenación-disposición al caudal de la herencia fideicomitada, al establecer que *“el fideicomiso subsiste, en virtud de subrogación real, sobre los bienes o el dinero que reemplacen los bienes fideicomisos a consecuencia del ejercicio de las facultades dispositivas del fiduciario o por cualquier otra causa. El fideicomiso también subsiste sobre el remanente no consumido en caso de enajenación o gravamen de bienes para satisfacer las necesidades personales o familiares del fiduciario”*.

Por ello, el resultado de la aplicación del principio de subrogación real como regla por defecto, supone que el fideicomiso subsiste sobre los bienes o el dinero que reemplacen los bienes fideicomitidos a consecuencia del ejercicio de las facultades dispositivas del fiduciario o por cualquier otra causa, salvo que la ley establezca otra cosa o el fideicomitente o los fideicomisarios consientan lo contrario.

Es decir, que aunque se le permita al fiduciario de residuo disponer libremente de los bienes fideicomitidos, lo obtenido por su disposición ha de pasar al caudal hereditario, por lo que entendemos que la verdadera voluntad del testador catalán al establecer un fideicomiso de residuo (a no ser que expresamente indique lo contrario) es, que tras el disfrute de la herencia por parte del fiduciario, los bienes (o el valor de los mismos si el fiduciario dispuso de ellos) pasen al fideicomisario, o lo que es lo mismo, que la herencia fideicomitada quede en familia, de ahí que apostemos por el mantenimiento del fideicomiso de *eo quod supererit* por defecto en el fideicomiso de residuo catalán.

Y decimos mantenimiento porque en el Código de Sucesiones de Cataluña de 1991 era el fideicomiso *de eo quod supererit* el que tenía carácter preferente, ya que se exigía a los fiduciarios del fideicomiso de residuo la reserva de una cuarta parte de la herencia, llamada, como en Baleares, cuarta inversa.

Sin embargo, ésta fue suprimida con la publicación del C.c. de Cataluña, ya que, como se recoge en el Preámbulo de la Ley 10/2008, de 10 de julio del Libro Cuarto, en su apartado III e), bajo la rúbrica de “*Los fideicomisos*”: “...destaca, finalmente, la simplificación de la regulación de los fideicomisos de residuo y la sustitución preventiva de residuo. Se mantiene el principio de subrogación real, como regla de defecto, y se suprime la exigencia de reservar una cuarta inversa”.

Una cosa es que, a través del nuevo C.c. catalán, se quiera simplificar la regulación del fideicomiso de residuo y otra diferente es que, a raíz de la publicación de dicho Cuerpo legal, se pretenda una modificación radical en la regulación que de la institución de residuo se venía practicando a través del Código de Sucesiones, que es lo que sucedería si, en la actualidad, se apostase por el fideicomiso de residuo “*si aliquid supererit*” por defecto, ya que, tal y como acabamos de exponer, en Cataluña siempre rigió por defecto en el fideicomiso de residuo la modalidad *de eo quod supererit*.

En el mismo sentido se pronuncia la autora SOLÉ RESINA<sup>446</sup> al estudiar el alcance de la nueva regulación de los fideicomisos catalanes: “*muy probablemente, el legislador trata con esta norma de dar a entender que siempre que no haya dispuesto expresamente lo contrario, el fideicomiso debe entenderse de eo quod supererit, que no de si aliquid supererit, como resultado del juego de subrogación real*”.

Concluimos este apartado remarcando que, tal y como entiende RIVAS MARTÍNEZ<sup>447</sup>, la disposición de los bienes fideicomitidos por parte del fiduciario en concepto de libres no tiene por qué suponer perjuicio para los fideicomisarios, pues el artículo 225-56.1 establece el principio de la subrogación real, con lo cual el fideicomiso se extenderá, en su caso, a los bienes o derechos que el fiduciario haya recibido como consecuencia del ejercicio de la facultad dispositiva.

### **10.3.- Clases de sustituciones fideicomisarias de residuo**

Coinciden la doctrina y la jurisprudencia al afirmar que puede ser muy variado el grado de permisividad que el testador tenga con el fiduciario en cuanto a su facultad de disponer de los bienes fideicomitidos.

Así, por ejemplo, podría el testador conceder al fiduciario la facultad para poder únicamente consumirlos, o también enajenarlos, y esto a título oneroso o a título gratuito sin más, o autorizando que ello se realice sólo a favor de ciertas personas, etc.

Pero yendo más lejos, cabe incluso que se faculte al fiduciario para disponer de la herencia fideicomitada no sólo para actos *inter vivos*, sino *mortis causa*, en cuyo caso, de ser ésta su voluntad, el fiduciario podría dejar en testamento los bienes fideicomitidos o parte de ellos a quien desee, yendo a parar al fideicomisario únicamente en tal supuesto aquellos bienes fideicomitidos de los que el fiduciario no haya dispuesto ni *inter vivos* ni *mortis causa*, conociéndose esta posibilidad como sustitución preventiva de residuo.

---

<sup>446</sup>SOLÉ RESINA, “La nueva regulación de los fideicomisos del Libro IV del Código Civil de Cataluña”, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXIV, Fascículo II, 2.011, pág. 605.

<sup>447</sup>RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de...*, cit. pág. 1.332.

Dicho lo anterior, hemos de reflejar que lo más frecuente es, tal y como argumenta DÍAZ ALABART<sup>448</sup>, teniendo en cuenta el fin que habitualmente se persigue con la sustitución fideicomisaria de residuo, 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 ALONSO<sup>449</sup> 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, no se podrá estimar que existe facultad de disponer de bienes sino cuando conste que se concedió, debiendo estimarse que dicha facultad de disposición únicamente se extiende a los casos para que los conste que se autorizó. Así que, por ejemplo, a falta de que conste que se concedió para poder disponer *mortis causa*, se entenderá concedida sólo para poder disponer *inter vivos*; a falta de que conste que se concedió para poder disponer a título gratuito, se entenderá concedida sólo para poder disponer a título oneroso; a falta de que conste que se concedió para poder disponer a voluntad del fiduciario, se entenderá concedida sólo para poder disponer en caso de que le sea necesario.

Del grado de permisividad que el testador tenga con el fiduciario a la hora de fijar su disponibilidad sobre los bienes fideicomitados, es de donde emanan las dos clases de sustituciones fideicomisarias de residuo que existen en nuestro Ordenamiento jurídico, y que según la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, se clasifican en sustituciones fideicomisarias *si aliquid supererit* (si queda algo) y *de eo quod supererit* (de aquello que debe quedar).

Así lo refleja, entre otras, la Sentencia del Alto Tribunal de 7 de enero de 1.959<sup>450</sup>, al fijar que “...el fideicomiso de residuo puede adoptar dos modalidades: 1.ª Hipótesis en que el testador faculte al fiduciario para disponer de los bienes objeto de la institución

---

<sup>448</sup> DÍAZ ALABART, El fideicomiso..., *cit.*, pág. 231.

<sup>449</sup> 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, pág. 34.

<sup>450</sup> RJ 1959, 119.

*sin trabas de ningún género. En este caso los herederos fideicomisarios sólo 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).*

*2ª. 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 aquél (aparecerá el llamado de eo quod supererit, de aquello que deba quedar)”.*

Y también la Sentencia de 25 de mayo de 1.971<sup>451</sup>, 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) faculte al fiduciario para disponer de los bienes objeto de la institución sin trabas de ningún género, en cuyo caso los herederos fideicomisarios sólo 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 aquél (de eo quod supererit), de aquello que debe quedar”.*

### **10.3.1.- Sustitución fideicomisaria de residuo “de eo quod supererit” o de aquello que debe quedar**

En este supuesto de sustitución fideicomisaria de residuo, el fiduciario contará con facultades de disposición *inter vivos* sobre ciertos bienes fideicomitidos, pero no sobre todos, ya que ha sido intención del testador que, una vez llegado el término o cumplida la condición, ciertos bienes vayan a parar al fideicomisario. O, dicho de otra forma, el fiduciario no podrá disponer libremente de toda la herencia fideicomitada porque es voluntad del fideicomitente que el fideicomisario reciba parte de la herencia, por pequeña que ésta sea.

---

<sup>451</sup> RJ 1971, 357.

### **10.3.2.- Sustitución fideicomisaria de residuo “*si aliquid supererit*” o si queda algo**

Nos encontramos en este supuesto cuando 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 fideicomitada, por lo que los fideicomisarios sólo recibirán, en su día, lo que reste, si es que queda algo de la herencia, y de ahí la expresión “*si queda algo*”.

Coincidimos con ALBALADEJO<sup>452</sup> cuando entiende que es errónea la doctrina que sostiene que ambos tipos de sustituciones fideicomisarias de residuo tienen distinta naturaleza, y que, en consecuencia, le son aplicables preceptos diferentes.

No es así, y para ver claramente que no lo es, basta advertir que la diferencia no estaría entre sustitución fideicomisaria *de eo quod supererit* y sustitución fideicomisaria *de si aliquid supererit*, sino en lo que atañe a la parte que se puede disponer de la sustitución fideicomisaria (este sector sería una sustitución fideicomisaria de residuo), y en lo que atañe a la parte de la que no se puede disponer (siendo en este sector una sustitución fideicomisaria pura u ordinaria).

Luego la sustitución fideicomisaria *de si aliquid supererit* sería, realmente, una sustitución fideicomisaria de residuo, mientras que la sustitución fideicomisaria *de eo quod supererit* sería una sustitución fideicomisaria ordinaria en la parte indisponible, y una *si aliquid supererit* en la parte disponible.

### **10.4.- La de residuo, ¿una sustitución fideicomisaria a término o condicional?**

Una vez justificado que, en la actualidad, tampoco existen dudas desde el punto de vista jurisprudencial en cuanto a la inclusión de la institución de residuo como auténtica sustitución fideicomisaria, pasamos ahora a centrarnos en analizar si la sustitución fideicomisaria de residuo se entenderá a término o condicional, ya que, en base a la respuesta, las consecuencias jurídicas serán distintas, y los bienes fideicomitidos irán a parar a unas u a otras manos.

Si antes expusimos que pocas cuestiones de nuestro Ordenamiento jurídico suscitan una discrepancia tan radical entre doctrina y jurisprudencia como la que existió durante

---

<sup>452</sup> ALBALADEJO, *Comentario...*, cit. pág. 1.936.

muchos años en cuanto a si la institución de residuo es o no una sustitución fideicomisaria, aquí nos encontramos con una de esas pocas cuestiones.

De hecho, incluso, podemos afirmar que la discrepancia existente sobre si la sustitución fideicomisaria de residuo es a término o condicional, resulta aún mayor que la de su naturaleza jurídica, ya que ha perdurado más en el tiempo.

Lo que diferencia a la sustitución fideicomisaria de residuo de la ordinaria es la indeterminación sobre los bienes que va a recibir el fideicomisario, ya que ello depende de las facultades de disposición que el testador otorgue al fiduciario y del ejercicio que éste haga de ellas.

Lo cierto es que de considerarse la de residuo como una sustitución fideicomisaria a término, el fideicomisario adquiriría derecho a la sustitución desde la muerte del testador, y, desde entonces, lo transmitiría a sus herederos tal y como establece el artículo 784 del C.c.

En cambio, si es considerada como una sustitución fideicomisaria condicional, el fideicomisario sólo adquirirá ese derecho una vez cumplida la condición, y si muere antes que ésta se cumpla, ni lo adquiere ni lo transmite a sus herederos, rigiendo entonces el artículo 759 de nuestro C.c.

#### **10.4.1.- Postura doctrinal**

Desde el punto de vista doctrinal, tradicionalmente se ha venido manteniendo que en la sustitución fideicomisaria de residuo, el derecho del fideicomisario era condicional, con las consecuencias que ello suponía para el fideicomisario, tal y como acabamos de exponer. Y es que, según esta corriente que podemos definir como “condicionalista”, y que, en la actualidad, está completamente superada, el fideicomisario era un heredero sometido a la condición de que el fiduciario no hubiese dispuesto de la totalidad del patrimonio que ha recibido como primer llamado.

Dentro de la corriente “condicionalista” destacan entre otros autores (todos anteriores al año 1.960) DE DIEGO<sup>453</sup>, que es el defensor más destacado de esta teoría y al que

---

<sup>453</sup> DE DIEGO, *Op. cit.*, págs. 109-116.

siguen el resto de autores de la época, como DE BUEN<sup>454</sup> que recoge que *“nuestra antigua jurisprudencia señala a la institución aludida el carácter de condicional. (...) La naturaleza de esas cláusulas depende sobre todo de la intención del testador. Si éste hace depender el segundo llamamiento de la circunstancia de que queden bienes, hay en realidad una sustitución condicional; si por el contrario instituye en bienes que queden a la muerte del primer llamado, hay sólo una institución a plazo”*.

Pero el autor que se expresa de forma más contundente al respecto, es OSSORIO MORALES<sup>455</sup>, quien en 1.957 llega a afirmar que: *“Lo que desde luego resulta claro (y en ello está conforme la doctrina) es que la disposición de residuo tiene siempre para el sustituto naturaleza condicional, ya que su adquisición ha de depender del hecho incierto de que, al morir el instituido, no haya éste dispuesto de la totalidad de los bienes (condición suspensiva); por lo que no puede aplicarse a tal sustituto de residuo el principio del artículo 784, según el cual, los fideicomisarios adquieren derecho a la sucesión desde la muerte del testador”*.

Y nosotros nos preguntamos, ¿cómo pudo afirmar OSSORIO MORALES que la doctrina estaba conforme con su teoría, si con anterioridad a 1.957 existía ya la corriente doctrinal que podemos calificar como “anticondiconalista”? Vayamos por partes.

En 1.948, ROCA SASTRE<sup>456</sup> encabeza la corriente doctrinal “anticondiconalista”, argumentando que: *“A nuestro entender esta doctrina (haciendo referencia a la condicionalista) carece de base. La facultad dispositiva del fiduciario de residuo no afecta jurídicamente al derecho de los fideicomisarios, los cuales lo adquieren desde la muerte del testador y pueden transmitirlo a sus herederos aunque premueran al fiduciario. La potestad dispositiva de éste afectará al quantum, al volumen de bienes hereditarios residuales, pero no a la titularidad en sí de los fideicomisarios. En el fideicomiso de residuo no hay, pues, tal llamamiento condicional de los fideicomisarios”*.

Dos años después, en 1.950 (es decir, también antes de la afirmación de OSSORIO MORALES) aparece la opinión al respecto de GONZÁLEZ PALOMINO<sup>457</sup>, que siguiendo a ROCA SASTRE manifestó: *“En nuestro Código ni hay criterio mecánico*

---

<sup>454</sup> DE BUEN, *Op. cit.*, pág. 470.

<sup>455</sup> OSSORIO MORALES, *Op. cit.*, pág.304.

<sup>456</sup> ROCA SASTRE, *Estudios...*, cit., pág. 83.

<sup>457</sup> GONZÁLEZ PALOMINO, *Op. cit.*, págs. 83 y 84.

*ni hay otro límite que aquel que el testador se haya servido disponer. Con límite o sin él, el intrínquilis de la cláusula está en la indeterminación del contenido del derecho del fideicomisario, que depende del hecho futuro e incierto de que el fiduciario haya o no ejercitado, o haya ejercitado en más o en menos, su facultad. Traducido a términos jurídicos: se somete a condición suspensiva no la adquisición del derecho sino el contenido de la adquisición, que puede quedar reducido a cero. (...) El segundo llamado adquiere su derecho al residuo eventual desde la muerte del causante, porque su institución no está condicionada en sí misma, sino en su contenido”.*

¿Acaso no conocía OSSORIO MORALES la opinión de autores tan importantes como son ROCA SASTRE y GONZÁLEZ PALOMINO?

Lo cierto es que la paz doctrinal fue llegando a lo largo de los años con el posicionamiento siempre “anticondionalista” de los nuevos autores. Así, por ejemplo, expone LACRUZ BERDEJO<sup>458</sup>, que “*en principio, la asimilación entre fideicomiso de residuo y disposición condicional no es defendible. Por de pronto, hace sospechosa tal asimilación la posibilidad de que una sustitución de residuo esté subordinada a una verdadera condición, que determine, de cumplirse el evento, la adquisición o la resolución del derecho del sustituto fideicomisario de residuo. Y, sobre todo, el postheredero, a la muerte del fiduciario, recibe los bienes residuales como sustituto fideicomisario, y por ende del primer causante; no es su calidad de sustituto lo condicionado, sino sólo el quantum de los bienes que debe percibir, cuya ausencia no es obstáculo -al menos en la institución hereditaria- para ser segundo heredero, pues también aquí se aplica el principio heredita setiam sine ulla corpore iuris intellectum habet. Así, actualmente, Roca Sastre y Puig Brutau. Por tanto, salvo que sea otra la voluntad del causante, tendrá aplicación el artículo 784 y el fideicomisario recibirá su expectativa, consolidada y transmisible, al abrirse la presunción”.*

En la misma línea se posicionaron, posteriormente, diversos autores, cuyos razonamientos no vamos a exponer en el presente trabajo por ser idénticos a los ya estudiados. Así, entre otros, cabe citar a VALLET DE GOYTISOLO<sup>459</sup>,

---

<sup>458</sup> LACRUZ-SANCHO, *Derecho de Sucesiones*, I, 2ª edición, Barcelona, 1.976, pág. 423.

<sup>459</sup> VALLET DE GOYTISOLO, *Fideicomisos...*, cit., págs. 846 y 847.

ALBALADEJO<sup>460</sup>, ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ<sup>461</sup>, O'CALLAGHAN<sup>462</sup> o DÍEZ PICAZO y GULLÓN<sup>463</sup>.

Pero de todos los autores que conforman la corriente doctrinal “anticondionalista” que, como venimos exponiendo, es la única existente hoy en día en nuestro Ordenamiento jurídico, destaca la autora DÍAZ ALABART, quien dedicó su Tesis Doctoral<sup>464</sup> al estudio de la figura, dándole una importancia primordial al capítulo que dedica a la condicionalidad, o no, de la sustitución fideicomisaria de residuo, centrándose a fondo en todas y cada una de las Sentencias que nuestro Tribunal Supremo había dictado hasta la fecha en dicho sentido.

Tras desmenuzar también las corrientes doctrinales “condicionalista” y “anticondionalista”, la citada autora llega a la siguiente conclusión: *“El fideicomiso de residuo no es una institución sometida a la condición de que queden bienes a la muerte del fiduciario. Es realmente una sustitución pura, en la que adquiere su derecho el fideicomisario desde que muera el causante, y desde entonces lo transmitirá a sus herederos cuando muera él, luego lo transmitirá aunque premuera el fiduciario. Si le sobrevive, él recibe los bienes; si no le sobrevive, los reciben sus herederos en su puesto. Y si no quedan bienes al morir el fiduciario, no puede recibirlos ni el fideicomisario ni, en su puesto, si hubiese muerto, sus herederos, no por incumplimiento de la condición de que los hubiese, sino porque no los hay.*

*Eso presupuesto, el fideicomiso de residuo puede ser sometido a la condición de que el fideicomisario sobreviva al fiduciario. Entonces su derecho queda pendiente de su sobrevivencia. Y si le premuere nada hereda, ni él ni sus herederos, que no recibieron de él el derecho que pendía de su sobrevivencia.*

*El Código no dice que, salvo que se establezca o aparezca lo contrario, estime condicionado el fideicomiso de residuo a la sobrevivencia del fideicomisario al fiduciario. Por lo que, muriendo aquél en vida de éste, hay que aplicar el artículo 784, y no el 759, ya que es el primero el que rige para las sustituciones -y, entre ellas, las de residuo- incondicionales”.*

---

<sup>460</sup> ALBALADEJO, Manual de Derecho de familia y sucesiones, Barcelona, 1.974, pág. 282.

<sup>461</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *Op. cit.*, pág. 181.

<sup>462</sup> O'CALLAGHAN, *Compendio...*, cit., pág. 152.

<sup>463</sup> DÍEZ-PIZACO y GULLÓN, *Op. cit.*, pág. 105.

<sup>464</sup> DÍAZ ALABART, *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites*, Editorial Bosch, Barcelona, 1.981, págs. 199 y 200.

Una vez expuesto todo lo anterior, y coincidiendo con la doctrina pacífica existente hoy en día al respecto, no podemos más que entender que la sustitución fideicomisaria de residuo ha de considerarse como una sustitución fideicomisaria a término, y no condicional. O dicho de otra forma, el hecho de que el testador haya dejado al fideicomisario el residuo que pudiera quedar al llegar el momento de la restitución no convierte en condicional la sustitución fideicomisaria de residuo, y, por tanto, el fideicomisario adquiere su derecho al residuo eventual desde la muerte del testador, y desde entonces lo transmitirá a sus herederos, siendo de aplicación al caso el artículo 784 del C.c. y no el 759, pues los llamamientos son ciertos desde la muerte del testador y no están condicionados a nada.

Por ello, la facultad dispositiva del fiduciario de residuo no afecta jurídicamente al derecho de los fideicomisarios, los cuales habrán adquirido su derecho desde la muerte del testador y desde entonces lo podrán transmitir a sus herederos, aunque premueran al fiduciario. La potestad dispositiva del fiduciario afectará únicamente al *quantum*, es decir, al volumen de los bienes que vayan a quedar en residuo, pudiendo, incluso, no quedar ninguno, pero no a la titularidad en sí de los fideicomisarios.

Sin embargo, aun apostando por que la sustitución fideicomisaria de residuo es una sustitución fideicomisaria a término, hemos de aclarar que igualmente podrán instituirse sustituciones fideicomisarias de residuo condicionales, siempre y cuando sea ésta la voluntad del testador y así lo deje éste expresamente reflejado. Por ejemplo: “Dejo mi herencia a Luis, y le permito disponer de todos los bienes que la componen, pero ordeno que a su muerte, aquéllos de los que no haya dispuesto pasen a Laura, siempre y cuando ésta haya acabado su carrera, o se haya hecho médico, o haya sobrevivido al fiduciario...”. En este supuesto, cuando el testador refleje en el testamento que los bienes fideicomitidos únicamente pasen al fideicomisario cuando éste cumpla una determinada condición, regirá, entonces sí, el artículo 759 del C.c. y no el 784.

Tal y como acabamos de exponer, por nuestra parte no nos oponemos a la posibilidad de una sustitución fideicomisaria de residuo condicional, sino que no compartimos la idea de que se considere por defecto o por naturaleza, este tipo de sustitución como condicional.

Una última observación que apuntamos al respecto es que, como sabemos, la doctrina condicionalista estimaba que la sustitución fideicomisaria de residuo es condicional

porque la adquisición del fideicomisario está subordinada a un acontecimiento futuro e incierto, que sería el de que algo quede de la herencia al fallecer el heredero fiduciario. Y dicha corriente doctrinal consideraba condicional indistintamente la sustitución fideicomisaria de residuo *si aliquid supererit* (en los que puede o no quedar algo), como la de *de eo quod supererit* (de aquello que debe quedar), lo cual, en nuestra opinión, carecería de sentido, ya que en ésta última, tal y como su propio nombre indica, los fideicomisarios heredarán siempre algo de lo que no pueden disponer los fiduciarios, por ser esta la voluntad del testador, de ahí que no pueda entenderse como condicional la modalidad de sustitución fideicomisaria *de eo quod supererit*, ya que en estos supuestos no cabría como condición el hecho de que puede o no quedar algo de la herencia para restituir, ya que siempre quedará algo.

Pero, bajo nuestro punto de vista, tampoco tiene sentido defender la posibilidad condicional en los supuestos de sustituciones fideicomisarias de residuo *si aliquid supererit*, porque, por esa regla de tres, todas las sustituciones fideicomisarias ordinarias deben ser condicionales, ya que en ellas los fideicomisarios tampoco sabrán con plena certeza hasta la muerte del fiduciario o hasta que se cumpla la condición fijada por el testador para que se produzca la restitución a su favor, si verdaderamente heredará o no algún bien, ya que el fiduciario, por ejemplo, ha podido disponer de toda la herencia fideicomitida en pagar legados, deudas del testador, etc.

#### **10.4.2.- Postura jurisprudencial**

A diferencia de lo que sucedió con la naturaleza jurídica de la institución de residuo (donde la jurisprudencia comenzó posicionándose en el sentido contrario, para acabar considerando la de residuo como una auténtica sustitución fideicomisaria), en cuanto a su condicionalidad, el posicionamiento jurisprudencial ha sido firme, ignorando en todo momento la opinión doctrinal “anticondionalista” que se viene adoptando por nuestros autores de forma pacífica desde 1.948 hasta nuestros días.

Es decir, que se ha venido afirmando tradicionalmente y de forma “casi” pacífica por nuestro Tribunal Supremo la condicionalidad del fideicomiso de residuo.

Sin embargo, a partir del año 2.014 podemos afirmar que la condicionalidad de la sustitución fideicomisaria de residuo no tiene cabida tampoco en nuestro Tribunal Supremo, tal y como explicaremos a continuación.

#### **10.4.2.a).- Orientación a favor de la condicionalidad de la sustitución fideicomisaria de residuo**

La jurisprudencia acostumbra a acompañar directamente a la definición de sustitución fideicomisaria de residuo el término condicional, como si fuera parte de la propia naturaleza de la institución.

Por regla general, podemos observar cómo los Tribunales califican los fideicomisos de residuo como un llamamiento condicional fundamentado en que es posible que nada quede de la herencia cuando el fideicomisario pueda disponer de ella.

De la gran cantidad de Sentencias del Tribunal Supremo que podríamos traer a colación<sup>465</sup> en tal sentido, vamos a escoger algunas de ellas que entendemos pueden ser especialmente ilustrativas de una corriente jurisprudencial que parece arrancar en 1.868.

Así, recoge la Sentencia de 13 de noviembre de 1.948<sup>466</sup>, en relación a esta cuestión: *“...mientras en la sustitución fideicomisaria el sustituto adquiere su derecho a la sucesión desde la muerte del testador (art. 784), el derecho del sustituto por cláusula de residuo es en ese momento eventual o de manera expectativa, pendiente la adquisición definitiva de que el fiduciario no haya dispuesto de la totalidad de los bienes, lo cual significa que el sustituto de residuo no adquiere derecho a la sucesión hasta el último momento de la vida del primer llamado, pues sólo en ese momento su derecho eventual puede devenir perfecto, en mayor o menor extensión, por cumplimiento de la condición suspensiva”*.

---

<sup>465</sup> Así, entre otras, las SSTS de 28 de junio de 1.947 (RJ 1947, 920); 13 de noviembre de 1.948 (RJ 1948, 1270); 1 de diciembre de 1.951 (RJ 1951, 2617); 21 de noviembre de 1.956 (RJ 1956, 3830); 20 de octubre de 1.962 (RJ 1962, 3980); 5 de julio de 1.966 (RJ 1966, 3671) y 22 de enero de 1.969 (RJ 1969, 199).

<sup>466</sup> RJ 1948, 1270.

La de 28 de junio de 1.947<sup>467</sup>, establece en su séptimo Considerando que “... *el carácter condicional que la jurisprudencia viene asignando a esta singular especie de sustitución*”.

Por su parte, la de 22 de diciembre de 1.961<sup>468</sup> indica que “*debido a que la heredera en segundo llamamiento falleció con anterioridad al que fue instituido en primer lugar, es evidente que nada pudo recibir ni adquirir, por cuanto el artículo 759 del C.c. de modo claro establece que el heredero que muera antes de que la condición se cumpla no transmite derecho alguno, en razón a tratarse de una disposición testamentaria de residuo, que tiene, por su esencia, un carácter condicional, carácter que hace que el derecho del sustituto sea eventual o expectante...*”.

La Sentencia de 29 de enero de 1.962<sup>469</sup>, recopilando las pronunciadas anteriormente sobre el tema, declara que en el llamado fideicomiso de residuo el supuesto fideicomisario será todo lo más un heredero sometido a condición suspensiva que, mientras ésta no se cumpla, no tiene más que una simple expectativa de derecho, puesto que, como dispone el artículo 759 del C.c., el heredero o legatario que muere antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos..., por lo que se comprende que la jurisprudencia haya declarado sin vacilaciones que, en el fideicomiso de residuo, los fideicomisarios presuntos no adquieren derecho alguno hasta que la condición suspensiva se cumpla, o sea hasta que, fallecido el fiduciario, pueda saberse si hay o no residuo, por lo que a la muerte del fideicomitente únicamente surge a favor de los sustitutos o presuntos fideicomisarios una expectativa de derecho a adquirir el concepto de heredero cuando la condición suspensiva a que se subordina el nacimiento de su derecho se cumpla.

Pero, en las últimas dos décadas, ha sido la Sentencia de 22 de julio de 1.994<sup>470</sup> la que se ha venido siguiendo como referente por gran parte de los pronunciamientos posteriores (tal vez, por la cantidad de Sentencias al respecto que en ella se nombran). Dicha Sentencia recoge que “*tanto el fiduciario como el fideicomisario son herederos del fideicomitente, que es el causante de ambos, de manera que el fideicomisario no hereda del fiduciario, sino del fideicomitente los bienes que antes pasaron a aquél, con*

---

<sup>467</sup> RJ 1947, 920.

<sup>468</sup> RJ 1961, 4485.

<sup>469</sup> RJ 1962, 605.

<sup>470</sup> RJ 1994, 6578.

*el deber de entregárselos en su día, o sea, que la aptitud para suceder la ha de tener el fideicomisario, no respecto al fiduciario sino al fideicomitente, y tener en cuenta, asimismo, que sea cual sea el concepto que merezca el fideicomiso de residuo, no cabe duda que en él, el fideicomisario presunto o en potencia no puede ostentar mayor rango que el de un supuesto heredero, cuyo derecho se supedita a que se cumpla la posterior condición suspensiva a que se subordina su nacimiento, es decir, la de que el fiduciario fallezca dejando bienes procedentes del fideicomitente; esto es, todo lo más, será un heredero sometido a condición suspensiva, que, mientras ésta no se cumpla, no tiene más que una simple expectativa de derecho, como dispone el artículo 759 del C.c. (...). Las consideraciones expuestas han sido entresacadas del conjunto que representa la doctrina jurisprudencial de la Sala sobre los fideicomisos y el concretamente denominado de residuo, siendo de citar entre las sentencias que integran dicho conjunto las siguientes: 8 de marzo de 1.926; 17 de marzo de 1.934; 18 de febrero de 1.943; 28 de junio de 1.947; 13 de noviembre de 1.948; 28 de noviembre de 1.951; 1 de diciembre de 1.951; 4 de marzo de 1.952; 10 de julio de 1.954; 20 de octubre de 1.954; 6 de diciembre de 1.957; 7 de enero de 1.959; 26 de enero de 1.959; 21 de noviembre de 1.960; 22 de diciembre de 1.961; 29 de enero de 1.962; 20 de octubre de 1.962; 31 de enero de 1.963; 23 de noviembre de 1.967 y 22 de enero de 1.969”.*

Y más recientemente, volvemos a citar la Sentencia de 7 de noviembre de 2.008<sup>471</sup>, la cual es un fiel reflejo de cómo el Tribunal Supremo, en la actualidad, encaja la institución de residuo en las sustituciones fideicomisarias, pero sin renegar en ningún momento de su naturaleza condicional, ya que establece: “*el fideicomiso de residuo aparece contemplado por el legislador dentro de las sustituciones fideicomisarias - aunque se aprecie cierta resistencia a encuadrarlo en ellas en cuanto falte la obligación de conservar bienes por parte del heredero fiduciario- al permitir el artículo 783 del C.c. que el testador autorice al fiduciario a no devolver al fideicomisario el todo de la herencia en cuanto dispone, en su segundo párrafo, que ‘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’.* Así en el fideicomiso de residuo el testador autoriza al instituido en primer lugar para que disponga de los bienes de la herencia, con las limitaciones y para los supuestos que eventualmente pueda haber determinado, y

---

<sup>471</sup> RJ 2008, 7696.

*ordena que el resto que quedare en el momento de la restitución -generalmente a la muerte del fiduciario- pase a otras personas a las que llama sucesivamente a la herencia. La condicionalidad de los llamamientos aparece clara en los supuestos, como el ahora contemplado, de fideicomisos si aliquid supererit, pues en tales casos los amplios poderes de disposición conferidos al fiduciario determinan que en el momento en que haya de materializarse la transmisión al heredero fideicomisario pueda o no quedar algo de la herencia del fideicomitente”.*

#### **10.4.2.b).- Orientación a favor de la no condicionalidad del fideicomiso de residuo**

Tras la claridad con la que se venía manifestando nuestro Tribunal Supremo en relación a la condicionalidad de la sustitución fideicomisaria de residuo, la doctrina española comenzó a alzar la voz de forma unánime reafirmando su “anticondicionalismo”.

Entendemos oportuno destacar al respecto las palabras de PUIG BRUTAU<sup>472</sup>, quien, basándose en los razonamientos de ROCA SASTRE y GONZÁLEZ PALOMINO, cuenta de forma muy clara y resumida que: *“La doctrina española, esto es, la literatura jurídica, estima que la circunstancia de dejarse al sustituto el residuo que pudiera quedar al llegar el momento de la restitución no convierte en condicional el llamamiento del sustituto, de manera que el llamado en segundo lugar adquiere su derecho al residuo eventual desde la muerte del causante; es decir, que la sustitución no está condicionada en sí misma, sino en su contenido”.* Y continúa exponiendo el autor al advertir que por el Tribunal Supremo se insiste en considerar al fideicomisario de residuo como sustitución condicional, que *“se basa en una doble inexactitud acerca de la sustitución condicional. En primer lugar estiman que la sustitución fideicomisaria de residuo es condicional porque la adquisición del sustituto está subordinada a un acontecimiento futuro e incierto, que sería el de que algo quede de la herencia al fallecer el heredero fiduciario. Sin embargo, por lo antes dicho -y según criterio unánime de la doctrina española posterior a Clemente De Diego- no se trata verdaderamente de una condición porque no está condicionado el derecho del sustituto a los bienes que puedan quedar. El testador dejará establecida una sustitución fideicomisaria condicional cuando declare que el sustituto sólo ha de tener derecho a los bienes fideicomitidos si se realiza un acontecimiento futuro e incierto (v.g., si*

---

<sup>472</sup> PUIG BRUTAU, *Op. cit.*, págs. 570 y 574.

*termina una carrera, si contrae matrimonio, etcétera). La propia y auténtica condición será compatible, tanto con la sustitución fideicomisaria a que se refiere el artículo 781 del C.c., como con la que faculta al fiduciario para disponer de los bienes. Cuando el testador fideicomitente ha querido que los bienes fideicomitidos únicamente pasen al sustituto si en éste se cumple determinada condición (si se hace médico, si sobrevive al fiduciario, etc.), será normal que no haya pensado que han de pasar a ocupar su lugar los herederos del mismo sustituto. Pero no es lógico, racional, ni humano que no quiera que el derecho incondicionado al residuo que pueda quedar no sea transmisible a los mismos herederos del sustituto fideicomisario”.*

En la misma línea, pero mucho más recientemente, se pronuncia RIVAS MARTÍNEZ<sup>473</sup> cuando manifiesta que *“el problema de si el fideicomiso de residuo encierra o no una sustitución condicional debe quedar totalmente superada en el sentido de que salvo que la voluntad del testador haya establecido expresa y nominalmente el carácter condicional suspensivo, los llamamientos de los sustitutos son siempre ciertos desde la muerte del testador ya que a nada están condicionados. Es decir, debe superarse el error de confundir el quantum con el llamamiento, partiendo de la idea de que los llamamientos de los sustitutos de residuo son totalmente ciertos desde la muerte del testador, ya que en nada están condicionados como tales. Es esencial este cambio, para que esta figura pueda de hecho llegar a ser efectivamente útil, como sin duda creo que llegará a serlo”.*

Aunque si hemos de destacar por encima del resto de autores a algún autor en relación con el estudio de la jurisprudencia española en relación con la condicionalidad de la sustitución fideicomisaria de residuo es, sin ninguna duda, DÍAZ ALABART<sup>474</sup>, quien, como expusimos anteriormente, dedicó una obra en 1.981 al estudio de todas y cada una de las Sentencias dictadas hasta el momento en la materia por nuestro Tribunal Supremo, llegando la autora a la siguiente conclusión: *“lo primero es señalar que, por lo que toca a la jurisprudencia, si bien no cabe negar que, en su conjunto, es literalmente condicionalista, valga la palabra, sin embargo, no lo es de verdad, como parece, por las siguientes razones: 1ª. Hay fallos no condicionalistas, como los que dicen que se trata de una condicionalidad intrínseca, que es como decir que la llamada condición no lo es realmente. 2ª. Hay fallos que se limitan a presentar el estado de la*

---

<sup>473</sup> RIVAS MARTÍNEZ, Problemas “habituales”..., cit., pág. 487.

<sup>474</sup> DÍAZ ALABART, El fideicomiso..., cit., págs. 162 y 163.

*cuestión o a referirse a lo que dicen otros, pero sin adoptar, ellos, una posición determinada. 3ª. Hay fallos que adoptan una postura condicionalista, pero con el puro carácter de obiterdictum. 4ª. Hay fallos que aun siendo literalmente condicionalistas en los que el carácter de institución condicional del fideicomiso de residuo parece ratio decidendi de la sentencia que sea, sin embargo, adoptan tal postura, no con el fin de resolver que el derecho del fideicomisario depende de la condición de que queden bienes, sino de utilizar la condicionalidad como argumento para otros fines. 5ª. Hay, por último, fallos que se deciden por la condicionalidad del fideicomiso de residuo cuando el caso planteado estaba sometido al Derecho civil catalán en el que no sólo el fideicomiso de residuo, sino todas ‘<las sustituciones fideicomisarias dispuestas para después de fallecido el fiduciario tendrán el carácter de condicionales, salvo voluntad contraria del causante’.*

*De todo ello (continúa exponiendo DÍAZ ALABART), no puede por menos que sacarse la conclusión de que aunque hubiera que aceptar que globalmente considerada, la jurisprudencia es condicionalista, es, sin duda, de un condicionalismo menos sólido de fondo que de apariencia”.*

Aunque no cabe ninguna duda de que la jurisprudencia se ha posicionado siempre en la línea de entender la sustitución fideicomisaria de residuo como condicional, lo cierto es que hemos encontrado alguna que otra Sentencia aislada de nuestro Tribunal Supremo posicionándose junto a la corriente doctrinal “anticondionalista”, alguna de forma indirecta, y otra de forma casi literal.

La primera Sentencia en el tiempo que encontramos al respecto, es justo en la época que empezaba a formarse la corriente doctrinal anticondionalista, concretamente, tiene fecha de 30 de marzo de 1.955<sup>475</sup>, en la que nuestro Alto Tribunal entiende que “cualquiera que sea la estimación que se adopte en cuanto a la naturaleza jurídica de la cláusula testamentaria de residuo, tan discutida por los tratadistas, que no se ha llegado a una conclusión definida respecto a si les son aplicables las normas de la institución pura, las de la condicional, las de a plazo o las de modales, hasta el punto de que más bien debe atenderse a la voluntad del testador expresada en el testamento para deducir si en el fideicomiso se ha querido fijar un plazo o más bien se quiso establecer una condicionalidad, carácter condicional al que se inclina la doctrina de

---

<sup>475</sup> RJ 1955, 1123.

*esta Sala, pero es lo cierto que en todo caso la condición está referida únicamente a que a la muerte del fiduciario queden bienes por no haber dispuesto de nada o sólo de parte de ellos, pues en otro supuesto el acto jurídico de la sucesión no se había producido por la inexistencia de 'residuo' quedando reducida la institución a una simple expectativa y esto demuestra que la condición es consustancial a la existencia y naturaleza del fideicomiso de residuo y no puede serle aplicable el artículo 759 del Código civil que se refiere a la institución de heredero o legatario afectado por una condición extrínseca a tal institución y como la define el artículo 1.113 del mismo Cuerpo Legal, precepto aquél que es una aplicación concreta del principio que trata con carácter general el artículo 1.114”.*

En definitiva, podemos llegar a la conclusión de que esta Sentencia se posiciona en la misma línea que nuestra doctrina al no considerar la sustitución fideicomisaria de residuo como condicional, ya que reconoce el derecho de los herederos de los fideicomisarios de residuo a colocarse en la posición jurídica de éstos en caso de premoriencia al fiduciario, y, como ya sabemos, es ésta la diferencia fundamental de una sustitución fideicomisaria a término frente a una condicional.

La segunda Sentencia que nos vemos obligados a traer a colación es la de 17 de mayo de 1.962<sup>476</sup>, la cual, aunque en un supuesto de usufructo con facultad de disponer, argumenta en su segundo Considerando que “*en el primer motivo del recurso y amparado por el artículo 1.692 de la LEC se imputa al fallo por no aplicación del artículo 759 del C.c. sobre la base de contener el supuesto una condición suspensiva que impide al heredero transmitir derecho alguno a sus herederos, si muriese antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, olvidándose al construir el motivo, como con toda precisión y justeza proclama el Tribunal ‘a quo’ que (...). El nudo propietario adquiere desde luego un derecho sobre los bienes hereditarios cuya efectividad se halla aplazada, pero no condicionada a la muerte del usufructuario, y ese derecho nacido e incorporado al patrimonio del heredero nudo propietario se conserva y transmite en todo su vigor a sus respectivos herederos aunque premuriera el nudo propietario al usufructuario y su definitivo derecho se perfecciona y consume con el fallecimiento del ‘de cuius’ sin que venga afectado por ninguna condición, y ni siquiera*

---

<sup>476</sup> RJ 1962, 2248.

*una condición intrínseca al propio negociado, inaplicable al fideicomiso de residuo (sentencia fecha 30 marzo 1.955)”.*

Otra Sentencia fundamental de nuestro Tribunal Supremo debido a la claridad y profundidad de sus argumentos, es la de 25 de abril de 1.983<sup>477</sup>, la cual, en un supuesto de sustitución fideicomisaria de residuo *si aliquid supererit*, recoge en su segundo Considerando: “*Se trata de una sustitución fideicomisaria o fideicomiso de residuo, supuesto que permite el artículo 783, párrafo 2º, donde después de establecer que ‘el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras’, añade ‘salvo en el caso de que el testador haya dispuesto otra cosa’ que es lo que aquí sucedió, con la modalidad de ‘fideicomiso de si queda’ o de ‘si aliquid supererit’, a la manera contemplada en la Sentencia de 23 de diciembre de 1.982, ajeno a la institución condicional en sentido estricto del artículo 790 que consiguientemente no tenía por qué aplicarse, en contra de lo que sostiene el motivo que se examina, pues los llamamientos de los sustitutos son ciertos desde la muerte del testador ya que a nada están condicionados, como tales, ni siquiera a su personal existencia, desde el momento en que tienen designados sus propios sustitutos; y lo único incierto es la cuantía de lo que han de heredar si es que queda algo (a diferencia de lo ocurre en los fideicomisos de ‘eo quod supererit’), que sólo podrá saberse en el momento del fallecimiento del fiduciario único que es justo, lo que indujo a la Jurisprudencia a declarar que hasta entonces los fideicomisarios tienen una simple expectativa a adquirir el concepto de heredero, que se perfecciona cuando dicho fallecimiento tiene lugar”.*

En el sentido de que lo único incierto en la sustitución fideicomisaria de residuo es la cantidad o no de bienes fideicomitados que se puedan heredar (y, que por tanto, no ha de entenderse condicional), se manifiesta también la Sentencia de 6 de febrero de 2.002<sup>478</sup>, cuando en su Fundamento de Derecho 1º, brevemente, expone: “*y con la mejor doctrina (si bien alguna Sentencia habla de que en ese fideicomiso, de una u otra especie, se incorpora una condicionalidad), ha de precisarse que en la especie del litigio ‘Si...’ la misma se refiere no a los llamamientos, sino al alcance del residuo relicto en cuanto existencia o conjunto de bienes”.*

---

<sup>477</sup> RJ 1983, 2122.

<sup>478</sup> RJ 2002, 993.

Pero, bajo nuestro punto de vista, el hecho de que en la actualidad ningún autor o jurisprudencia pueda seguir optando por la línea condicionalista lo marcan dos momentos puntuales:

a.- La Resolución de la DGRN de 27 de octubre de 2.004<sup>479</sup>, en la que se manifestó: *“partiendo de la señalada dificultad es preciso centrar el fondo del recurso. En tal sentido, deben rechazarse aquellas posiciones que consideran que la disposición de residuo no implica sustitución vulgar tácita porque aquélla no atribuye al favorecido, desde el momento del fallecimiento del causante y sobre los bienes objeto de la disposición, un derecho firme y definitivo, sino un simple derecho eventual o expectativa, cuya definitiva adquisición queda pendiente, hasta el fallecimiento del instituido, de la falta de ejercicio por éste de su facultad de disponer de la totalidad de los bienes objeto de la disposición. Tal forma de pensar olvida que en los llamados fideicomisos de residuo lo condicionado no es el llamamiento en sí, sino su contenido; no está condicionada la cualidad de sustituto sino el quantum (en este sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1983 y la de 6 de febrero de 2002). Cualquier otra conclusión llevaría a considerar que cualquier legado que pueda establecer un testador está siempre condicionado en la medida en que queda sin efecto si el testador dispone, por cualquier título, del objeto legado (vid. artículo 869-2º del CC). Ello no impide, claro está, que el fideicomiso de residuo pueda estar sujeto a una condición como ocurre con la modalidad establecida para el caso de fallecer el fiduciario sin dejar hijos respecto de los bienes de que no hubiese dispuesto”*.

b.- La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2.014<sup>480</sup>, que es la más importante al respecto de las últimas décadas, y que se dictó tan sólo hace un año, siendo ponente O'CALLAGHAN, quien ya manifestaba en sus obras<sup>481</sup> que *“algunos autores entienden que la naturaleza jurídica de la sustitución fideicomisaria era condicional, con el argumento de que el fideicomisario adquiere si queda alguno de los bienes; por tanto, condición (el error en que incurre esta doctrina es que confunde la condición que afecta a la institución con la condición que sólo se refiere al contenido: podría decirse que todo nombramiento de heredero es condicional, porque hereda si el*

---

<sup>479</sup> RJ 2004, 7808.

<sup>480</sup> RJ 2014, 3127.

<sup>481</sup> O'CALLAGHAN, *Compendio...*, cit., pág. 152.

*causante deja algún patrimonio hereditario y no hereda si el causante lo ha gastado - ha dispuesto de- todo su patrimonio)”*.

Recoge la citada Sentencia, en su Fundamento de Derecho Segundo: *“en conclusión, mientras no se ha producido la purificación del fideicomiso -que normalmente es la muerte del fiduciario (como en el presente caso)- el heredero fideicomisario a término, como es la muerte, certus an, incertus quando, tiene el ius delationis, pero la adquisición efectiva de la posesión del patrimonio fideicomitado se produce a la muerte (en el presente caso) de la fiduciaria.*

*La delación hereditaria al fideicomisario se producirá a la muerte del causante - fideicomitente- si el fideicomiso es a término, momento en que aquél tiene el ius delationis. La adquisición de los bienes que forman el patrimonio hereditario - patrimonio fideicomitado- se produce cuando se cumpla el término -muerte de la fiduciaria”*.

Todo ello sirve como precedente de lo que la Sentencia acaba afirmando en su Fundamento de Derecho Tercero, párrafo 2º, cuando expone: *“En el fideicomiso de residuo el fideicomisario es heredero desde la muerte del causante, pero el contenido de la herencia será mayor o menor según haya dispuesto la fiduciaria, que lo puede haber dispuesto del todo (si quid supererit). En este sentido tiene una mera expectativa, pero heredero sí lo es (a no ser que se trate de fideicomiso condicional, que no es el caso); es lo que se ha denominado ‘postheredero’, tras el fiduciario, ‘preheredero’ en ordo successivus”*.

#### **10.4.3.- Reciente e inevitable acercamiento de la postura jurisprudencial a la doctrinal, tras el nuevo alcance de la sustitución fideicomisaria introducido por la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad**

Por nuestra parte, entendemos que, a diferencia de lo que ocurrió con las Sentencias dictadas en la misma línea mucho años antes (la última, en 1.983), la dictada hace un año va a servir de referente para todas las sucesivas en la materia, o lo que es lo mismo, que, a partir de ella, nuestro Alto Tribunal de aquí en adelante comenzará a congraciarse con la opinión doctrinal más autorizada y extendida que viene posicionándose pacíficamente desde hace más de 60 años en el sentido de optar por la no

condicionalidad de la institución de residuo, con lo que podríamos estar hablando del principio del fin de la teoría condicionalista a la que estaba aferrado nuestro Tribunal Supremo desde 1.868.

A dicho razonamiento llegamos en base, principalmente, al mayor alcance que a partir de 2.003 se le otorga a la sustitución fideicomisaria, y, por ende, a la de residuo<sup>482</sup>, mediante la publicación de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, la cual supuso la modificación de los artículos 782<sup>483</sup>, 808<sup>484</sup> y 813<sup>485</sup> de nuestro C.c. en el sentido de incluir como única causa para gravar la legítima la de que se haga mediante una sustitución fideicomisaria en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado, siendo fideicomisarios el resto de coherederos forzosos.

Es decir, que a partir de la publicación de la LPPD, el testador podrá gravar no sólo el tercio de libre disposición y el de mejora (como sucedía en la sustitución fideicomisaria existente hasta el momento), sino también el de legítima estricta (esto es, toda la herencia), siempre y cuando se instituya una sustitución fideicomisaria en la que fiduciario será el hijo o descendiente incapacitado judicialmente, y fideicomisarios el resto de coherederos forzosos.

¿Qué quiere decir esto? Pues que el legislador de 2.003, tal y como expone VIVAS TESÓN<sup>486</sup>, ha introducido un supuesto de tangibilidad de la legítima al conceder al testador la facultad, si lo desea, de establecer una sustitución fideicomisaria a favor de un descendiente incapacitado judicialmente sobre el tercio de legítima estricta.

---

<sup>482</sup> Sucede, en este caso, lo mismo que con la institución de residuo, que en el C.c. no se regula (ni se nombra) pero es perfectamente admisible en nuestro ordenamiento jurídico. Mediante la nueva Ley tampoco se menciona a la sustitución fideicomisaria de residuo, pero tal y como venimos defendiendo a lo largo del presente trabajo, se entiende comprendida en ella.

<sup>483</sup> Establece el artículo 782 del C.c. que “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 art. 808 C.c.”.

<sup>484</sup> Artículo 808 del C.c.: “...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”.

<sup>485</sup> Por su parte, artículo 813 del C.c. establece: “el testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por 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”.

<sup>486</sup> VIVAS TESÓN, *La dignidad de las personas con discapacidad. Logros y retos jurídicos*, Difusión Jurídica, Madrid, 2.010, pág. 168.

Y, ¿podrá ser de residuo la sustitución fideicomisaria establecida por el testador a favor del fiduciario incapacitado sobre el tercio de legítima estricta?

Aunque en el estudio de este nuevo alcance de la sustitución fideicomisaria y sus posibilidades nos centraremos en el siguiente capítulo, desde ahora podemos adelantar que en base a la reacción actual del C.c., consideramos que efectivamente la LPPD incluye la posibilidad de establecer una sustitución fideicomisaria de residuo sobre el tercio de legítima estricta. Es decir, que incluso el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria de residuo *si sine liberis decesserit* sobre toda su herencia a favor de un descendiente incapacitado judicialmente, lo cual podría implicar la privación definitiva de la legítima estricta del resto de fideicomisarios (herederos forzosos), vulnerándose con ello no sólo el principio de intangibilidad cuantitativa de la legítima, sino también el de intangibilidad cualitativa.

Entonces, ¿seguirá el Tribunal Supremo apostando por que los fideicomisarios que premueran al fiduciario de una sustitución fideicomisaria de residuo no le heredarán, tal y como venía haciendo desde 1.968 al mantener la condicionalidad de la sustitución fideicomisaria de residuo?

Pongamos un ejemplo práctico de esta última afirmación. Imaginemos el caso en el que el testador establece una sustitución fideicomisaria de residuo sobre toda la herencia, incluida la legítima estricta, a favor del nieto de 17 años incapacitado (fiduciario), quedando sus tíos como fideicomisarios (por ser herederos forzosos del testador).

En este supuesto, de seguir manteniéndose por nuestro Tribunal Supremo la teoría de que la sustitución fideicomisaria de residuo es condicional, ello supondría que los herederos de los fideicomisarios que hayan premuerto al fiduciario (que, en el caso que planteamos, podrían ser la mayoría dada la diferencia de edad), no tendrían derecho alguno a la herencia, ya que regiría el artículo 759 del C.c. en vez del artículo 784, por lo que se purificaría la sustitución fideicomisaria de residuo a favor del fiduciario incapacitado en la porción que correspondiese a los fideicomisarios que le premueran, incluso, aunque no fuese ésta la voluntad del testador.

En cambio, de seguir interpretándose por parte de nuestro Alto Tribunal (como ya comenzó a hacer en junio de 2.014) que la sustitución fideicomisaria de residuo es a término y no condicional, en el supuesto que planteamos regiría el artículo 784 del C.c.

en vez del 759, por lo que a los tíos-fideicomisarios que hayan premuerto al sobrino incapacitado-fiduciario, sí le heredarán sus herederos, evitándose con esto la tan temida desheredación del resto de fideicomisarios.

O dicho con otras palabras, de no entenderse que las sustituciones fideicomisarias de residuo, ya sean *si aliquid supererit* o *de eo quod supererit*, son sustituciones fideicomisarias a término, en vez de condicionales, estaríamos admitiendo la posibilidad de que, desde noviembre de 2.003, mediante dicha institución, los fideicomisarios que premuriesen al fiduciario incapacitado quedarán privados de su herencia (al igual que sus herederos) en favor del incapacitado.

De ahí que diagnostiquemos, obviamente siendo conscientes de que podemos fracasar en nuestro pronóstico, que las próximas Sentencias de nuestro Tribunal Supremo vayan a posicionarse siempre en la misma línea que la de 6 de junio de 2.014, en la que se establece que en la sustitución fideicomisaria de residuo el fideicomisario es heredero desde la muerte del causante, rigiendo por tanto el artículo 784 del C.c. en vez del 759, y asegurándose, con ello, que el supuesto de desheredación no podría producirse.

#### **10.5.- La sustitución fideicomisaria de residuo, ¿implica la vulgar?**

Como vimos en el epígrafe dedicado al estudio de la regulación de la sustitución fideicomisaria ordinaria, el hecho de que la de residuo implique o no la vulgar supone que cuando el fiduciario no herede al fideicomitente, lo haga directamente el fideicomisario.

En base a lo estudiado hasta el momento en el presente trabajo, en nuestra opinión lo lógico es entender que efectivamente la sustitución fideicomisaria de residuo engloba la sustitución vulgar, ya que, entre otros argumentos, así lo hace también la sustitución fideicomisaria ordinaria.

Sin embargo, en relación a este punto existió otra clara discrepancia de pareceres entre nuestra doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, discrepancia que, en la actualidad, está totalmente superada tal y como expondremos a continuación.

En cuanto a la jurisprudencia existente en relación a si la sustitución fideicomisaria de residuo implica o no la sustitución vulgar, encontramos, únicamente, seis Sentencias de

nuestro Alto Tribunal<sup>487</sup>, y todas en sentido negativo, si bien hemos de tener en cuenta que se dictaron en un ambiente proclive a considerar la sustitución fideicomisaria de residuo como condicional, ya que la última es de 1.975, no siendo hasta la Sentencia de 25 de abril de 1.983<sup>488</sup> cuando el Tribunal Supremo se empezó a cuestionar la condicionalidad o no de la institución de residuo.

Las causas principales esgrimidas en dichas Sentencias para llegar a tal conclusión negativa eran:

a) Que de implicar la sustitución vulgar la sustitución fideicomisaria de residuo estaríamos ante un supuesto de suplencia de la voluntad del testador, ya que siendo (por lo general) éste consciente de la muerte del fiduciario pudo haber declarado heredero al fideicomisario en la herencia fideicomitida, y si no lo hizo fue simplemente porque no era ésta su voluntad, por lo que nadie ha de suplírsela.

b) El carácter condicional de la sustitución fideicomisaria de residuo, ya que el fideicomisario sólo es heredero cumplida la condición suspensiva de que resten bienes en el patrimonio gravado y después de que el fiduciario haya disfrutado y dispuesto (o no) de estos bienes, por lo que si el llamado en primer lugar no puede heredar por premorir al testador, obviamente no habrá podido usar y disponer de los bienes fideicomitidos, por lo que la condición permanecerá incumplida y el fideicomisario no adquirirá la cualidad de heredero.

En base a estos argumentos, acababan exponiendo las referidas Sentencias que no debía proceder el mecanismo de la sustitución vulgar del fideicomisario, procediéndose, pues, a abrirse la sucesión intestada de los bienes que, inicialmente, integraban el patrimonio del fideicomiso.

Frente a las Sentencias de aquella época, empezó la doctrina española a posicionarse en el sentido contrario.

Así, por ejemplo, expresa PUIG BRUTAU<sup>489</sup> que *“si es natural, como hemos visto, que la sustitución fideicomisaria incluya a la vulgar, será igualmente natural que el*

---

<sup>487</sup> Son las de 13 de febrero de 1943, 25 de junio de 1947, 3 de noviembre de 1948, 21 de noviembre de 1955, 5 de octubre de 1970 y 23 de abril de 1975, todas ellas comentadas brevemente por DÍAZ ALABART, *El fideicomiso...*, cit., 254-258.

<sup>488</sup> RJ 1983, 2122.

<sup>489</sup> PUIG BRUTAU, *Op. cit.*, págs. 574 y 575.

*fideicomisario que hubiese tenido derecho incondicionado al residuo, sea sustituto vulgar del heredero fiduciario. Si el testador ha tenido en cuenta a dos personas, el heredero fiduciario facultado para disponer y el sustituto fideicomisario con derecho incondicional al residuo que pueda quedar, es natural pensar que, a falta del primero, el testador hubiese querido como heredero directo al segundo, en lugar de una tercera persona (heredero intestado) en la que no pensó para nada”.*

En el mismo sentido, ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ<sup>490</sup> manifiesta: “*A mi juicio, es decisiva la interpretación de la voluntad del testador que, en principio, debe ser favorable a la adquisición del caudal hereditario por el fideicomisario con preferencia sobre los herederos abintestatos del testador”.*

Por su parte, ALBALADEJO<sup>491</sup> entiende que “*no se ve que pueda argumentarse, como hace el Tribunal Supremo, que la condición no se cumple si no hereda el fiduciario; porque entonces, al no haber podido disponer, no hay residuo; cuando el argumento correcto sería el de que tantos y más seguros bienes quedan al fideicomisario de residuo (y así se cumple la condición) si ni siquiera llega a ser heredero el fiduciario, porque si llegando a serlo, pudo disponer de todos los bienes y no quedar así residuo alguno, no llegando a serlo queda de residuo toda la herencia fideicomitida, y como el fideicomisario sobrevive al causante y al cumplimiento de la condición de que quede residuo (porque es el fiduciario quien premuere al testador) adquiere su derecho aunque hubiese sido cierto (que no lo es) que fuese un derecho sometido a condición”.*

Por último, DÍAZ ALABART<sup>492</sup> va incluso un paso más allá al afirmar: “*Y ni siquiera aunque el fideicomiso de residuo que sea se haya establecido bajo la verdadera condición de que el fideicomisario sobreviva al fiduciario impedirá esa condicionalidad que premuriendo el fiduciario al testador tome la herencia el fideicomisario (como sustituto vulgar) directamente del causante, porque el que se quiera como condición la sobrevivencia del fideicomisario al fiduciario, siempre que tal sobrevivencia se dé, no justifica que se excluya de la herencia al fideicomisario por el hecho (que es otro distinto y que no tiene nada que ver con aquella sobrevivencia) de que el fiduciario premuera al testador. En definitiva, que el fideicomiso de residuo,*

---

<sup>490</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *Op. cit.*, pág. 185.

<sup>491</sup> ALBALADEJO, “Las sustituciones fideicomisarias puras, a término y condicionales: sus límites, aceptabilidad o repudiabilidad, el momento de la delación fideicomisaria y la expansión del derecho del fiduciario o del fideicomisario”, en *Revista de Derecho Privado*, 1.979, pág. 535.

<sup>492</sup> DÍAZ ALABART, *El fideicomiso...*, *cit.*, pág. 265.

*como una sustitución fideicomisaria más que es, engloba la sustitución vulgar, y no sólo para caso de premoriencia del fiduciario al causante, sino también para cualquier otro, como de repudiación, etc.”.*

Junto a las ideas de nuestra doctrina más autorizada que acabamos de exponer en relación a que la sustitución fideicomisaria de residuo implica o engloba la vulgar, se nos ocurre algún otro argumento, como por ejemplo, que si el artículo 781 del C.c. define la sustitución fideicomisaria como un doble llamamiento, el hecho de que no se haya cumplido el primer llamamiento no tiene por qué privar automáticamente de la posibilidad de que sí se produzca el segundo llamamiento (el del fideicomisario); o que no tendría ningún sentido que en los supuestos en los que el testador hubiese hecho un testamento acabase produciéndose una sucesión intestada porque el fiduciario premurió al testador. ¿Acaso no sería más evidente que siguiese primando el testamento hecho en su día por el testador? Situación diferente sería el supuesto en el que hubiesen fallecido fiduciario y fideicomisario, en cuyo caso, entendemos, sí habría que acudir a la sucesión intestada.

Pero la posición doctrinal parece consolidarse definitivamente frente a la jurisprudencial en dos momentos concretos.

Primero, a raíz de la ya mencionada Resolución de la DGRN de 17 de septiembre de 2.003<sup>493</sup>, la cual sirvió de conducto para que este Centro Directivo se desmarcase, por primera vez, de la tesis que venía defendiendo nuestro Tribunal Supremo, al decantarse por la opción de que la sustitución fideicomisaria de residuo implica la vulgar, aunque establece que cada caso, y siempre dentro de los límites permitidos a la hora de interpretarse un testamento, habrá de ser estudiado con detenimiento.

Así expone: *“Con tal doctrina se llega a la conclusión de que, calificado el llamamiento de residuo como sustitución fideicomisaria, y entrando en la cuestión de si ésta engloba la vulgar tácita, salvo supuestos aislados, la mayoría de la doctrina y la Jurisprudencia están de acuerdo, como también la regulación de la institución en algunas regiones de Derecho foral o especial, y en la legislación extranjera, porque, como se ha dicho acertadamente, si se quiere que alguien herede después del primer llamado, se quiere también que herede si el primer llamado no lo hace. 4. Parece, entonces, que la solución del problema ha de partir de dos principios básicos: a) Cada caso habrá de*

---

<sup>493</sup> RJ 2003, 6279.

*resolverse en función de una interpretación específica del respectivo supuesto; b) La solución vendrá dada en función de que se estime, a la vista del caso examinado, si puede llegarse a la conclusión de que se ha querido (teniendo en cuenta las limitaciones que nuestro Código Civil impone a la interpretación del testamento, según la doctrina jurisprudencial) que los llamados al residuo sustituyan a los primeramente llamados, en cuyo caso estaríamos dentro de los límites de la interpretación testamentaria, o, por el contrario, llegar a dicha conclusión supondría entrar en el campo de integración de la voluntad del testador, y, en consecuencia, tal conclusión excedería de tal labor interpretativa. En el presente supuesto, la realidad de las cosas lleva a concluir que entender que el fideicomiso de residuo no implica la sustitución vulgar lleva a resultados no deseados por el testador que denomina ‘herederos fideicomisarios’ a los llamados al residuo”.*

En este supuesto, como puede comprobarse, la DGRN llega a la conclusión de que la sustitución de residuo implica la vulgar porque el testador se dirige en el testamento a los fideicomisarios como *herederos fideicomisarios*.

Para RIVAS MARTÍNEZ<sup>494</sup> la solución adoptada mediante esta resolución de la DGRN “*merece una crítica muy positiva, pues con ella la Dirección rompe una lanza a favor de admitir algo que es, y ha sido, opinión unánime en la doctrina española, en el sentido de que la sustitución fideicomisaria de residuo implica al vulgar tácita. Ahora bien, lo admite con la indicación de que para llegar a esa conclusión deben estudiarse detenidamente las circunstancias especiales de cada supuesto concreto y apreciar, según como esté redactada la cláusula testamentaria, si en el caso concreto quiso o no el testador que los llamados al residuo sustituyeran al primer instituido*”.

El segundo momento fundamental para que se fijase la postura doctrinal en cuanto a la posibilidad de que la sustitución fideicomisaria de residuo implique la vulgar frente a la corriente jurisprudencial que venía oponiéndose a ello, se produce tan sólo un año después, cuando la propia DGRN dicta una segunda Resolución el 27 de octubre de 2.004<sup>495</sup>, en el mismo sentido que la de 2.003, aunque con mayor alcance, ya que en ésta se establecen dos puntos importantísimos a favor de que la sustitución fideicomisaria de residuo implique la vulgar, como son:

---

<sup>494</sup> RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho ...*, cit., pág. 1.198.

<sup>495</sup> RJ 2004, 7808.

1.- No se presumirá que en las sustituciones fideicomisarias de residuo al premorir el fiduciario al testador ha de abrirse la sucesión intestada.

2.- Que, desde esta Resolución, para entender que la intención del testador fue la de la apertura de la sucesión intestada deberá expresarse así en el testamento. O dicho de otra forma, ante el silencio del testador al respecto se entenderá por defecto que la intención de éste fue la de que el fideicomisario de residuo pasase a ser su heredero, salvo que se recoja en el testamento disposición expresa en contrario.

A tal conclusión llegamos en base a la literalidad de la Resolución, cuando recoge: *“En el testamento cuestionado, hay una disposición testamentaria de residuo subsumible dentro de la categoría de los fideicomisos de residuo que, como se señaló, se configuran como una modalidad de las sustituciones fideicomisarias caracterizadas porque el fiduciario puede disponer de los bienes (en este caso sólo por actos inter vivos) y d) que, atendidas las circunstancias del caso concreto sometido a decisión, ningún dato permite presumir que la voluntad de la causante fue la de que se abra la sucesión intestada; antes bien, parece que no quiso morir intestada quien a una edad avanzada otorga testamento instituyendo como heredero fiduciario a su esposo facultándole para disponer libremente por actos inter vivos estableciendo un fideicomiso de residuo, respecto de lo que no hubiera dispuesto, a favor de una determinada persona (un concreto sobrino) y no otra u otras, con una sustitución vulgar en el fideicomiso para el caso de premoriencia del fideicomisario. Más bien, parece inferirse de todo ello que el criterio que inspiró la voluntad de la testadora fue más el deseo de favorecer a su esposo permitiéndole disponer por acto inter vivos sin limitación alguna que el de limitar el derecho de sucesión de su sobrino, por lo que parece adecuado entender que, dada la premoriencia de su esposo, la testadora querría llamar a la sucesión al sobrino que ella misma ha elegido antes que a otros parientes que no ha tenido presente. (...) Esta además ya era la solución propuesta por Craso, en la famosa causa curiae, citada por Cicerón, en la que mediante interpretación lógica fundada en la voluntad presunta del testador, hizo prevalecer la cláusula de sustitución frente a la apertura de la sucesión abintestato, pese a que el instituido en primer lugar no llegó a nacer y en consecuencia no pudo convertirse en heredero”*.

Pero otro de los argumentos favorables que nos hacen posicionarnos donde lo hacemos es el hecho de que, igualmente, en las legislaciones de Derecho Foral la sustitución fideicomisaria de residuo implique la vulgar.

Así, por ejemplo, el artículo 26 de la Compilación Balear establece que “*la sustitución fideicomisaria implica siempre la vulgar*”, y cuando dice “*siempre*” engloba también a la sustitución fideicomisaria de residuo.

En la misma línea que lo que sucede en la Compilación Balear, en Cataluña, en el artículo 425-3.2 del C.c., se recoge que “*las sustituciones pupilar, ejemplar, fideicomisaria y preventiva de residuo contienen siempre la vulgar tácita, pero las dos primeras la contienen solo respecto a los bienes procedentes de la herencia del sustituyente*”.

Mientras que el artículo 426-8, titulado “*Sustitución vulgar implícita*”, continúa estableciendo que “*1.- Siempre que el fiduciario llamado no llega a ser heredero o legatario por cualquier causa, opera en primer lugar la sustitución vulgar.*

*2.- A falta de sustitución vulgar, el fideicomisario pasa a ser fiduciario si existe fideicomisario posterior. Si no existe, pasa a ser heredero o legatario libre.*

*3.- En los supuestos de los apartados 1 y 2, no existe derecho de transmisión”.*

Coincidimos con RIVAS MARTÍNEZ<sup>496</sup> al entender que la expresión amplia que utiliza el C.c. Catalán de sustitución fideicomisaria comprende al fideicomiso de residuo.

En efecto, parece que si es natural que la sustitución fideicomisaria incluya a la vulgar, será igualmente natural que el fideicomisario que hubiese tenido derecho al residuo sea sustituto vulgar del heredero fiduciario. Si el testador ha tenido en cuenta a dos personas, el heredero fiduciario facultado para disponer y al sustituto fideicomisario con derecho al residuo que pueda quedar, es lógico pensar que, a falta del primero, el testador hubiese querido como heredero directo al segundo, en lugar de una tercera persona (un heredero intestado) en la que no pensó en absoluto.

---

<sup>496</sup> RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho...* cit., pág. 1.281.

## 10.6.- La prohibición de sobrepasar el límite del segundo grado, ¿afecta a la sustitución de residuo?

Como sabemos, las sustituciones fideicomisarias (ordinarias) tienen el límite que les impone el artículo 781 del C.c. de no pasar del segundo grado, ya que “*serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado...*”. Y en este epígrafe la cuestión que planteamos es, ¿el límite del segundo grado, alcanzará también a la sustitución fideicomisaria de residuo?

Existen dos corrientes de autores al respecto. Una primera corriente mayoritaria<sup>497</sup>, que considera que la limitación al segundo grado que alcanza a la sustitución fideicomisaria ordinaria alcanza también a la de residuo. En esta línea, por ejemplo, destaca JERÓNIMO LÓPEZ<sup>498</sup>, quien estudió el tema con más detenimiento que ningún otro autor, y lo entendía así en base a la legislación desvinculadora de la pasada época, al exponer que: “*es cierto que el Código civil no somete a límite temporal la sustitución fideicomisaria de residuo, pero la misma se encuentra limitada por la legislación desvinculadora que está vigente (...)*”.

Por su parte, OSSORIO MORALES<sup>499</sup>, siempre en la misma línea, esgrimía que “*como en los casos usuales de disposiciones de eo quod supererit, a menos que el testador ordene expresamente otra cosa, esa autorización para disponer no debe entenderse referida más que a las enajenaciones que se realicen por actos inter vivos, pero no a las mortis causa, siempre resultan afectadas por una prohibición de disponer por acto de última voluntad, lo cual basta para justificar la limitación impuesta por el artículo 781*”.

O’CALLAGHAN<sup>500</sup> también considera al respecto que “*la limitación debe entenderse aplicable a la sustitución de residuo por lógica consecuencia de su naturaleza de sustitución fideicomisaria, a pesar de que el fiduciario tenga más o menos amplitud de poder de disposición según el tipo de fideicomiso de residuo*”.

---

<sup>497</sup> Así, entre otros, lo expresan ALBÁCAR y DE CASTRO, *Op. cit.*, pág. 742, cuando recogen que “la mayoría de autores entiende aplicable a la sustitución de residuo la limitación del segundo grado establecida en el artículo 781”. En la misma línea BORRELL y SOLER, *Derecho Civil español*, V, Barcelona, 1.954, pág. 141.

<sup>498</sup> JERÓNIMO LÓPEZ, *Op. cit.*, pág. 788.

<sup>499</sup> OSSORIO MORALES, *Op. cit.*, pág. 305.

<sup>500</sup> O’ CALLAGHAN, *Compendio...*, cit., pág. 154.

Bajo nuestra opinión ésta que argumenta aquí O'CALLAGHAN es una auténtica razón de peso para apostar por que efectivamente el límite del artículo 781 del C.c. alcanza, ¡cómo no!, también a la institución de residuo.

Y es que, como vimos anteriormente, la doctrina se posicionó a favor de que la sustitución de residuo implicase la vulgar porque así lo hacía la sustitución fideicomisaria ordinaria, y como aquella era una modalidad de ésta, también debía implicar la vulgar en los supuestos en los que el fiduciario de residuo premuriese al testador. Y nosotros nos preguntamos, ¿acaso ha dejado de ser la modalidad de residuo una modalidad de la sustitución fideicomisaria?

De hecho, por nuestra parte, igual que consideramos que implica la vulgar al ser una modalidad de la ordinaria, entendemos que la sustitución fideicomisaria de residuo está afectada por los límites que marca el artículo 781 del C.c., tal y como le afecta a la ordinaria.

Por otra parte, existe también una corriente doctrinal menor, que se posiciona en un término medio, esto es, reconocen la existencia del límite del segundo grado para las sustituciones fideicomisarias de residuo *de eo quod supererit*, pero consideran que dicha limitación no afecta ni a la sustitución fideicomisaria *si aliquid supererit* ni a la sustitución preventiva de residuo.

En este sentido destacan, entre otros, ALBALADEJO<sup>501</sup>, y, especialmente, DÍAZ ALABART<sup>502</sup>, quien en su monografía sobre la sustitución fideicomisaria de residuo, su condicionalidad y límites, expresa: “*me inclino por la inexistencia del límite del segundo grado para los fideicomisarios de residuo en que exista total libertad de disponer (...)*”, aunque sorprendentemente acaba el punto dedicado al estudio de la cuestión manifestando: “*Pero esas razones justifican la exclusión de la prohibición si hay posibilidad de disponer, luego solamente liberan de ella a los fideicomisos de residuo con libre disponibilidad de los bienes por el fiduciario*”.

Y continúa la autora cuestionándose: “*y ¿cuándo se da ese caso? Creo que desde luego no, si el fideicomitente sólo autorizó a disponer inter vivos a título oneroso al fiduciario en caso de necesidad (aunque le eximiese de tener que justificarla) o en defecto de*

---

<sup>501</sup> ALBALADEJO, *Manual...*, cit. págs. 281 y 282.

<sup>502</sup> DÍAZ ALABART, *El fideicomiso...*, cit., págs. 235 y 236.

*bienes propios, y supuestos semejantes. En todos esos casos, que por supuesto son los más usuales del fideicomiso de residuo, existe el límite del segundo grado. Y creo que no existe si el fiduciario tiene disposición inter vivos plena, a su libre decisión, lo mismo a título oneroso que gratuito, aunque no pueda disponer mortis causa”.*

Es decir, que, por las palabras de la propia autora, se llega a la conclusión de que, en los casos más usuales de la sustitución fideicomisaria de residuo, la limitación del segundo grado estará vigente.

En la misma línea que DÍAZ ALABART se posiciona algún autor reciente, como GALICIA AIZPURUA<sup>503</sup>, al entender que *“siempre que al fiduciario de residuo se le haya concedido verdadera libertad de disposición por actos inter vivos debe entenderse que no rige para esta sustitución el límite del segundo grado establecido en el artículo 781 del C.c. (...). Sin embargo, si faltara aquella auténtica libertad de disposición, necesariamente habría de defenderse la vigencia del mencionado límite para el fideicomiso de residuo”.*

Y nosotros nos preguntamos, ¿y qué pasará si en una herencia cuantiosa se faculta a un fiduciario (ya rico antes de heredar) a disponer de toda la herencia fideicomitada, pero éste no lo hizo o sólo lo hizo de una parte de ella, y sus descendientes (todos ricos por la propia herencia del fiduciario, no de los bienes fideicomitados) siguieran durante muchas generaciones sin disponer de los bienes fideicomitados, o disponiendo sólo de alguno de ellos?

La respuesta parece muy sencilla. Se estaría permitiendo con ello excluir los bienes que componen la herencia fideicomitada del tráfico jurídico, perpetuando (no sabemos cuánto) la sustitución fideicomisaria de residuo en el tiempo, cosa que no sucedería de entenderse que efectivamente los límites impuestos por el artículo 781 del C.c. afectan también a este tipo de sustitución fideicomisaria, no sólo a la ordinaria.

Aunque, sin ninguna duda, un paso más allá se sitúa la autora ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES<sup>504</sup> (que es la única que hemos encontrado en la defensa de este planteamiento) al exponer: *“lo que nos interesa destacar ahora es si dicha prohibición, claramente consagrada en el supuesto de la que hemos venido llamando sustitución normal,*

---

<sup>503</sup> GALICIA AIZPURÚA, *Comentarios...*, cit., pág. 5.735.

<sup>504</sup> ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, *Op. cit.*, pág. 949.

debería también aplicarse a la de residuo. A esta pregunta hemos de darle una respuesta negativa, no sólo porque ante la duda hay que inclinarse por la no prohibición (ya que las prohibiciones son de interpretación restrictiva), sino porque el artículo 781 del Código civil contempla sólo las sustituciones en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita, dejando fuera de su ámbito aquéllas que no imponen obligación de conservar (dentro de las cuales sobresalen las sustituciones fideicomisarias de residuo). (...) en el fideicomiso de residuo el elemento esencial es el llamamiento sucesivo, pero no la obligación de conservar los bienes, que desaparece en este fideicomiso, y más concretamente en su modalidad *si aliquid supererit*. No existe, por tanto, el peligro de que los bienes queden sustraídos imperativamente y por tiempo indefinido al libre comercio (hecho que se trata de evitar con esta prohibición), puesto que tanto el primer beneficiario como los sucesivos pueden disponer de ellos a su libre albedrío. Por consiguiente, en esta hipótesis no tendría razón de ser la citada prohibición”.

O sea, que en base a las afirmaciones de la autora, a la sustitución fideicomisaria de residuo en general (independientemente de que sea *si aliquid supererit* o *de eo quod supererit*) no le afectará la limitación que impone el artículo 781 del C.c.

Entonces nos preguntamos, ¿podrá el testador establecer una sustitución fideicomisaria *de eo quod supererit* sin ningún límite de llamamientos a favor de fideicomisarios?<sup>505</sup>

O, ¿qué ocurrirá si el testador facultara al fiduciario para disponer de los bienes fideicomitidos sólo en el supuesto de necesidad vital justificada, y éste no lo necesitase en tal sentido? ¿Podrá igualmente establecer una sustitución fideicomisaria de residuo hasta que alguno de los futuros fideicomisarios agote toda la herencia fideicomitada por necesitarlo para vivir?

Podríamos seguir haciendo infinidad de preguntas ya que el alcance de la libertad de disposición del fiduciario sobre la herencia fideicomitada (*inter vivos, mortis causa, de eo quod supererit, si aliquid supererit...*) dependerá única y exclusivamente de la voluntad del testador, por lo que, tal y como venimos argumentando a lo largo del

---

<sup>505</sup> Imaginemos, entonces, el supuesto en el que un testador establece una sustitución fideicomisaria de residuo *de eo quod supererit*, instituyendo como fiduciario a A con facultad de disponer libremente de toda la herencia fideicomitada menos de la casa de la playa que tendrá que restituirla a su muerte a B, el cual, una vez herede los bienes fideicomitados de los que no haya dispuesto A más la casa de la playa, podrá disponer libremente de dichos bienes pero no de la casa, la cual tendrá que restituir a C, al el testador instituye igualmente fideicomisario de residuo, el cual, una vez que herede, repetirá la misma operación con D, éste con E, éste a su vez con F, etc...

presente epígrafe, por nuestra parte únicamente podemos posicionarnos junto a la corriente doctrinal mayoritaria en el sentido de que los límites fijados por el artículo 781 del C.c. no sólo afectan a la sustitución fideicomisaria ordinaria, sino también a la de residuo en cualquiera de sus clases, ya que, de lo contrario, podría llegar a usarse dicha institución jurídica para burlar el espíritu desvinculador de la propiedad, perpetuándose la sustitución

### **10.7.- ¿Opera el principio de subrogación real en la sustitución fideicomisaria de residuo?**

Nos planteamos en este último punto del estudio dedicado a la sustitución fideicomisaria de residuo, si debe operar o no el principio de subrogación real en relación con esta figura jurídica, es decir, si lo ingresado por los bienes de los que el fiduciario de residuo (no el ordinario) haya dispuesto por estar facultado para ello, deberá ser o no reintegrado al caudal de la herencia fideicomitida.

Históricamente no ha sido pacífica la opinión doctrinal al respecto.

Dentro de los autores que defendían la imposibilidad de que se diese la subrogación real en este tipo de sustituciones fideicomisarias, destaca FLORES MICHEO<sup>506</sup>, cuando, de forma tajante, consideraba que *“como el fiduciario sólo tiene que restituir aquello de que no haya dispuesto, es evidente que no tiene que restituir aquello de que dispone; y si no tiene que restituir de lo que dispone, que por tal hecho queda libre y escapa del estatuto fideicomisario, menos tiene que restituir lo que obtenga como precio o contraprestación, sino que lo hace suyo”*.

En el sentido inverso, el de entender que el fiduciario de residuo queda sujeto a la restitución de los bienes que reciba a cambio de los que enajene, nos encontramos, por ejemplo, con autores como ROCA SASTRE<sup>507</sup>, que afirma: *“salvo que el testador disponga otra cosa, creemos que el heredero fiduciario de residuo está sujeto a la restitución de los subrogados, o sea de los elementos que hayan sustituido a los bienes objeto de los actos dispositivos por él (el fiduciario) otorgados; es decir, que actúa el*

---

<sup>506</sup> FLORES MICHEO, “Notas sobre el fideicomiso de residuo”, en Revista Jurídica de Cataluña, 1.955, fasc. I, pág. 205.

<sup>507</sup> ROCA SASTRE, *Derecho...*, cit. pág. 121.

*principio de la subrogación real, la cual se desenvuelve ampliamente en el fideicomiso de residuo dada la facultad dispositiva entre vivos reconocida al fiduciario; esto se entiende sin perjuicio de la facultad de consumir los bienes hereditarios o sus subrogados, ya que esta facultad hay que reconocérsela al fiduciario de residuo”; o* *ÁLVAREZ DE CAPEROCHIPI*<sup>508</sup>, quien afirma que “*cuando no existe poder para disponer a título gratuito, implican, claramente la existencia de una masa patrimonial vinculada de restitución*”.

En cuanto a la jurisprudencia, nuestro Alto Tribunal en los últimos años venía posicionándose claramente en la línea de excluir como mecanismo general la operatividad de la subrogación real en las sustituciones fideicomisarias de residuo *si aliquid supererit*, siempre y cuando el testador no hubiese dispuesto otra cosa al respecto.

Así, la Sentencia de 7 de noviembre de 2.008<sup>509</sup>, en relación con una sustitución fideicomisaria de residuo *si aliquid supererit*, recoge en su Fundamento de Derecho Tercero que “*también ha de entenderse que la contraprestación adquirida por el fiduciario al enajenar no se entiende que subroga al bien salido del patrimonio, sujeta por tanto a restitución, salvo voluntad contraria del testador (sentencia de 10 de julio de 1.954), pues en caso contrario se entendería en realidad de una sustitución íntegra en cuanto a su valor económico y no de residuo*”.

Tan sólo unos meses después, la Sentencia de 28 de enero de 2.009<sup>510</sup> niega la subrogación real al haberse concedido al fiduciario amplias facultades de disposición de los bienes a título oneroso, lo cual, según la Sentencia, “*excluía inequívocamente la subrogación real o sustitución de los bienes heredados*”.

Por último, y siempre en la misma línea, afirma la Sentencia de 22 de junio de 2.010<sup>511</sup> que “*en la naturaleza del fideicomiso de residuo instituido si aliquid superit no está comprendido el principio de subrogación real, máxime dadas las amplísimas facultades del fiduciario...*”.

---

<sup>508</sup> *ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, La sustitución..., cit., pág. 192.*

<sup>509</sup> RJ 2008, 7696.

<sup>510</sup> RJ2009, 1356.

<sup>511</sup> RJ 2010, 4900.

Recientemente, y en base a estas Sentencias, la opinión doctrinal también comenzó a expresar de forma unánime la imposibilidad de que la subrogación real no tendría cabida en los supuestos de sustituciones fideicomisarias de residuo *si aliquid supererit*.

Así, por ejemplo expone la autora NIETO ALONSO<sup>512</sup> que “no entrará en juego la subrogación real cuando se trate de un fideicomiso de residuo, al menos si se le configura con la modalidad *si aliquid supererit*. En ese sentido, no creo posible que cuando el testador dispone un fideicomiso de residuo con facultad para disponer aunque sólo sea *inter vivos* y a título oneroso, si se trata de un residuo *si aliquid supererit* sea admisible que entre en juego la subrogación”.

El mismo pensamiento refleja GIL RODRÍGUEZ<sup>513</sup> cuando afirma que “excluido el reemplazo como ingrediente natural del fideicomiso de residuo, es obvio que el funcionamiento de la subrogación real en un fideicomiso de este tipo precisa la concurrencia de una voluntad positiva del testador o, cuando menos, la ausencia de indicios contrarios en el testamento del disponente”.

Por nuestra parte, también consideramos que en base al contenido de las Sentencias referidas únicamente se podía llegar a la conclusión de que nuestro Tribunal Supremo excluye la posibilidad de la subrogación real sobre la sustitución fideicomisaria de residuo de *si aliquid supererit*, ya que en ella el testador autoriza al fiduciario a disponer por actos *inter vivos* de todos los bienes de la herencia fideicomitida, y sólo en el caso de que restare algo, entonces, pasaría a heredar el fideicomisario, por lo que siendo voluntad del testador el favorecer en todo al fiduciario, no tendría sentido que al mismo tiempo se le exigiese a éste la restitución de lo obtenido con la enajenación de los bienes fideicomitados.

Pero de concluir así el presente epígrafe, llegaríamos a la conclusión de que su estudio habría resultado demasiado lógico para tratarse de algo relacionado con la sustitución fideicomisaria de residuo, ¿no?

Efectivamente, como no podía ser de otra forma tratándose de la figura jurídica que estudiamos, el posicionamiento del Tribunal Supremo mantenido durante los últimos años al respecto cambió de forma drástica a través de la Sentencia de 30 de octubre de

---

<sup>512</sup> NIETO ALONSO, *Op. cit.*, pág. 88.

<sup>513</sup> GIL RODRÍGUEZ, “Comentario a la STS de 7 de noviembre de 2008 (RJ 2008/7697)”, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil. Familia y Sucesiones*, Editorial Cívitas-Thomson, 2.009, pág. 795.

2012<sup>514</sup>, mediante la cual da un giro radical a la interpretación de la subrogación real en las sustituciones fideicomisarias de residuo *si aliquid supererit*.

Los hechos básicos de la Sentencia referida consisten en una señora que al fallecer instituye heredero universal a su esposo, con la libre disposición de sus bienes por actos entre vivos a título oneroso. Al mismo tiempo, dispuso la fallecida en su testamento que si al fallecimiento de su viudo éste no hubiese dispuesto de todo el caudal relicto, establecía una sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los sobrinos de la testadora fideicomitente, y cada uno de ellos sustituidos, a su vez, vulgarmente por sus descendientes. Es decir, que el fiduciario pasaba a ser el cónyuge viudo, y fideicomisarios los sobrinos de la testadora, siempre y cuando el fiduciario no hubiese dispuesto de todo el caudal relicto, como finalmente sucedió.

Poco después de adjudicarse la herencia de su esposa fallecida, el heredero vendió una finca heredada, y dos años más tarde falleció dejando un testamento en el que instituye herederos a sus propios sobrinos.

Los fideicomisarios, sobrinos de la testadora, demandan a los herederos (sobrinos) del fiduciario, reclamándoles el precio obtenido por la venta de la finca fideicomitada ya que éste debía formar parte de la sustitución fideicomisaria de residuo establecida en su día por su fallecida tía, debiéndoseles entregar por tanto dicha cantidad como residuo de la herencia fideicomitada.

El supuesto fue resuelto por el Tribunal Supremo en la citada Sentencia de 30 de octubre de 2012, en cuyo Fundamento de Derecho Segundo considera que “...*aunque el heredero fiduciario venga autorizado con las más amplias facultades de disposición, ya a título gratuito, o bien mortis causa, no por ello deja de tener sentido conceptual la obligación de conservar en lo posible, y conforme al objeto del fideicomiso, los bienes hereditarios en orden al heredero fideicomisario;*

*(...) en el caso que nos ocupa, esto es, cuando el testador limita dichas facultades respecto a los actos inter vivos y a título oneroso, el correspondiente de la disposición formará parte natural del residuo y será el fiduciario quien deba probar, en su caso, que su destino o consumición fue necesaria y acorde con el objeto del fideicomiso.*

*De lo afirmado se infiere que el mecanismo de la subrogación real respecto del correspondiente de la disposición realizada debe operar con normalidad en el fideicomiso*

---

<sup>514</sup> RJ 2013, 2274.

*de residuo, inclusive en su modalidad "si aliquid superit" (si algo queda), cuando el testador haya limitado la facultad de disposición a los actos onerosos, es decir, los realizados a cambio de una contraprestación económica, de suerte que la subrogación real permite la finalidad conservativa del fideicomiso, siempre acorde con la voluntad querida por el testador”.*

DÍAZ ALABART<sup>515</sup> coincide con el nuevo posicionamiento del Supremo, cuando al comentar la Sentencia de 2012 considera que *“precisamente, al establecer límites en la facultad de disposición del fiduciario, lo que pretende el fideicomitente es que sea mayor la expectativa de recibir bienes del fideicomisario. Lo que es evidente es que, como regla general, el testador no desea dejar ninguno de sus bienes a los sobrinos u otros parientes de su cónyuge viudo, sino a sus propios parientes (si deseara dejárselos a ellos lo lógico será hacerlo directamente nombrándolos a ellos fideicomisarios o, indirectamente permitiendo a su cónyuge disponer a título gratuito “inter vivos” o “mortis causa”). La clave de la averiguación de la voluntad del testador está precisamente en la limitación a los actos onerosos. ¿Qué sentido tiene hacer esa limitación si verdaderamente el testador no quería la subrogación real y no le importaba que sus bienes terminaran en manos de los parientes de su cónyuge en vez de los propios nombrados como fideicomisarios? Si no la quería no se explica la limitación. Lo que diferencia, en lo que aquí nos importa, a las disposiciones a título oneroso de las a título gratuito es precisamente que en las primeras, cuando se enajena un bien se recibe otro en contrapartida. En cambio, en las segundas, el que enajena un bien no recibe nada a cambio”.*

Continúa la autora<sup>516</sup> manifestando, en nuestra opinión con acierto, que *“si en relación con este tipo de disposiciones no apreciamos que los nuevos bienes adquiridos ocupan el lugar de los fideicomitidos por subrogación real, estaremos permitiendo algo que nunca quiso el testador, y que incluso trató de evitar inútilmente. Esto es, que el viudo, una vez que ha dispuesto de los bienes fideicomitidos dentro de los límites del testamento, pueda disponer de los bienes obtenidos a cambio de los mismos, a título gratuito, tanto inter vivos como mortis causa, a favor de sus propios sobrinos o de quien mejor le parezca. Puesto que con la enajenación ha cambiado la naturaleza de*

---

<sup>515</sup> DÍAZ ALABART, “La interpretación de la voluntad del fideicomitente en el fideicomiso de residuo”, en *Revista de Derecho Privado*, Editorial Reus, Madrid, Núm. 1, Enero-Febrero 2.015, págs. 10 y 11.

<sup>516</sup> DÍAZ ALABART, *La interpretación...*, cit., pág. 12.

*los bienes fideicomitidos transformándolos en otros de los que es dueño absoluto, y por tanto libre de disponer de ellos como le parezca.*

*El mecanismo para lograrlo –como puede verse– es muy simple. No hay sino que enajenar los bienes fideicomitidos (incluso puede hacerlo a sus propios sobrinos), para que, –si no se admite la subrogación real– indirectamente dichos bienes cambien de naturaleza, y pasen de ser bienes que no pueden donarse ni dejarse en herencia a ser bienes del propio fiduciario que, como único titular de los mismos, no tiene ya ninguna limitación para disponer de ellos, incluso a título gratuito”.*

En nuestra opinión, los argumentos esgrimidos por DÍAZ ALABART son irrefutables.

Dicho lo cual, conviene recordar que el posicionamiento mantenido por el Tribunal Supremo hasta 2.012 era claramente contrario al defendido en esta última Sentencia que venimos estudiando, lo cual nos lleva a plantearnos: ¿Hasta cuándo mantendrá nuestro Alto Tribunal dicho posicionamiento? ¿Cambiará su postura radicalmente en la próxima Sentencia?

En nuestra opinión, la referida Sentencia no sólo sirve para confirmar la aplicación del principio de subrogación real en los supuestos de sustitución fideicomisaria de residuo *si sine liberis decesserit* por actos *inter vivos* a título oneroso, sino que también, al mismo tiempo, al menos bajo nuestro punto de vista, puede ser usada como ejemplo para apostar por la no aplicación del principio de subrogación en el resto de sustituciones fideicomisarias *si sine liberis decesserit* a título gratuito, ya que, como bien contaba DÍAZ ALABART, en la Sentencia del Supremo la clave de la averiguación de la voluntad del testador está precisamente “*en la limitación a los actos onerosos*”, limitación que no se produce en las sustituciones *si sine liberis decesserit* a título gratuito, y de ahí, la no aplicabilidad a esta modalidad, del principio de subrogación real.

Pero, ¿qué sucede en cambio en los supuestos en los que se establezca una sustitución fideicomisaria de residuo *de eo quod supererit*? Tal y como venimos exponiendo a lo largo de este trabajo, en esta modalidad de sustitución fideicomisaria de residuo la voluntad del testador es que el fiduciario pueda disponer libremente de parte de la herencia fideicomitada, pero no de otra parte de la misma, la cual deberá ir destinada al fideicomisario por deseo expreso del causante.

Entonces, ¿podrá también disponer libremente el fiduciario de la parte de la herencia que irá a parar forzosamente al fideicomisario, o en caso de disponer de ella se aplicará la subrogación real?

Bajo nuestro punto de vista, el mecanismo de subrogación real quedará excluido sobre la parte de la herencia de la que pueda disponer libremente el fiduciario, pero, en cambio, sobre la parte indisponible de la misma el fiduciario sí quedará sujeto a la norma de la subrogación real, afectando incluso, en principio, no solamente a los bienes relictos por el causante, sino también al dinero o a los bienes que hayan reemplazado a aquéllos tras la disposición del fiduciario.

## **XI.- LA SUSTITUCIÓN PREVENTIVA DE RESIDUO**

Como venimos argumentando a lo largo de estas páginas, la verdadera ley del Derecho Sucesorio es la voluntad del testador, por lo que éste podrá facultar al heredero a disponer de los bienes fideicomitidos no sólo *inter vivos*, sino también *mortis causa*, conociéndose este último supuesto con el nombre de “sustitución preventiva de residuo”.

Mediante esta figura el testador puede otorgar al primer llamado (heredero) la facultad de disponer de toda la herencia fideicomitada, bien *inter vivos*, bien *mortis causa*, por lo que éste podrá, incluso, designar sucesores *mortis causa*.

Pero entonces, ¿no se trata de un tipo de sustitución fideicomisaria de residuo *si aliquid supererit* tan amplia, que otorga al fiduciario no sólo la facultad de disponer *inter vivos* (tanto a título oneroso como gratuito) de los bienes fideicomitidos, sino también *mortis causa*?

Algunos autores así lo entienden, como por ejemplo O'CALLAGHAN<sup>517</sup>, que considera, que en base a la amplitud del poder de disposición otorgado por el fideicomitente al fiduciario, existen tres tipos de sustituciones fideicomisarias de residuo, siendo el tercer tipo el de la sustitución preventiva de residuo, en la que estima que el fiduciario tiene el más amplio poder de disposición posible sobre los bienes

---

<sup>517</sup> O'CALLAGHAN, *Comentario...*, cit., págs. 740 y 741.

fideicomitidos; o NIETO ALONSO<sup>518</sup> cuando expone que *“tampoco comparto la opinión de ROCA-SASTRE MUNCUNILL de que la sustitución preventiva de residuo sea ajena a la sustitución fideicomisaria; a mi juicio, la sustitución preventiva de residuo no deja de ser una sustitución fideicomisaria, con la connotación de los amplios poderes dispositivos para el sustituido (fiduciario), que puede encontrar acomodo, también, como el fideicomiso de residuo, en el art. 783.2 del CC”*.

Sin embargo, la posición de estos autores puede considerarse casi como una excepción, ya que la gran mayoría de nuestra doctrina<sup>519</sup>, al igual que la jurisprudencia<sup>520</sup>, entiende que la sustitución fideicomisaria y la sustitución preventiva de residuo son figuras similares, aunque con naturaleza jurídica diferente.

Coincidimos, por nuestra parte, con ROCA-SASTRE MUNCUNILL<sup>521</sup> en encuadrar ambas figuras dentro de unas “cláusulas de residuo”, si bien cada una de ella es diferente. Al respecto, entiende el autor que *“estas sustituciones de residuo empero tienen de común únicamente esto, es decir, tratarse de verdaderas sustituciones hereditarias y tener por objeto el residuo de la herencia. En lo demás, los dos grandes grupos en que se clasifican tales sustituciones tienen características plenamente diferenciadas, a saber:*

- *La sustitución preventiva de residuo, que es aquella disposición testamentaria en la que el causante, de una manera expresa o tácita, establece una especie de sucesión testamentaria subsidiaria del silencio dispositivo, concretamente de testar, del heredero.*

- *Y el llamado fideicomiso de residuo o sustitución fideicomisaria de residuo, que entraña una sustitución fideicomisaria en la que el testador, de una manera expresa o tácita, exime, como particularidad típica, al fiduciario de la limitación de poder disponer, por actos entre vivos a título oneroso (y excepcionalmente a título lucrativo) en concepto de libres, de los bienes de la herencia fideicomitida.*

---

<sup>518</sup> NIETO ALONSO, *Op. cit.*, pág. 233.

<sup>519</sup> Entre otros, DÍAZ ALABART, *Comentarios...*, cit., pág. 219; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Tratado...*, cit., pág. 785; SOLÉ RESINA, *Tratado...*, cit., pág. 1.002; RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho...*, cit., pág. 1.202.

<sup>520</sup> Como tuvimos ocasión de exponer en el epígrafe dedicado a los tipos de sustituciones fideicomisarias de residuo, doctrina y jurisprudencia únicamente contemplan las *si sine liberis decesserit* y las de *eo quod supererit*.

<sup>521</sup> ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho...*, cit. pág. 517.

Como sucede con la sustitución fideicomisaria de residuo, la preventiva de residuo tampoco queda recogida en nuestro C.c.

Lo cierto es que en la sustitución preventiva de residuo, a diferencia de la fideicomisaria de residuo, no existe un orden sucesivo de llamamientos<sup>522</sup>, sino que, únicamente, se nombrará un primer llamado para que disponga de todos los bienes fideicomitidos ya sea *inter vivos* o *mortis causa*, y sólo en prevención de que éste no haya dispuesto de todos los bienes, el testador designa un sustituto para que entonces los herede.

Junto a la falta del orden sucesivo de llamamientos como diferencia entre las figuras, también podemos destacar otra fundamental como es la amplitud de facultades que en la sustitución preventiva de residuo se le otorga al primer llamado, al cual se le faculta, incluso, para disponer *mortis causa*, opción que no se contempla en las sustituciones fideicomisarias de residuo.

Eso sí, para hablar de un supuesto de sustitución preventiva de residuo, el causante debe otorgar a favor del instituido, de un modo nominal y expreso “*la facultad de disponer mortis causa*”, tal y como expone la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal) de 28 de octubre de 1991<sup>523</sup>. Esta facultad es requisito esencial de la figura.

De ahí que MARTÍNEZ MARTÍNEZ<sup>524</sup> entienda que es pacífico en la doctrina y jurisprudencia el criterio de que, salvo expresa declaración en contrario, la cláusula de residuo llevará consigo la prohibición de realizar actos *mortis causa* por parte del fiduciario y las facultades en el fideicomiso de residuo son las que le concedió el testador, por lo que, de no venir autorizado por el causante de manera expresa para disponer *mortis causa*, sólo podrá hacerlo por actos *inter vivos*, según tiene declarado la jurisprudencia.

Por todo ello, coincidimos con la gran mayoría de la doctrina en entender que la sustitución preventiva de residuo no tiene, y esto es lo singular y esencial al mismo tiempo, la naturaleza de la sustitución fideicomisaria, lo que produce, en consecuencia,

---

<sup>522</sup>El orden sucesivo de llamamientos es requisito esencial de la sustitución fideicomisaria, tal y como argumentamos para defender la inclusión de la de residuo como tipo de sustitución fideicomisaria.

<sup>523</sup>RJ 1991, 3911.

<sup>524</sup>MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Tratado...*, cit., pág. 789.

la inaplicabilidad de la normativa de la sustitución fideicomisaria a la preventiva de residuo.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 2 de septiembre de 1.987<sup>525</sup> establece, con claridad, la diferencia entre el fideicomiso de *si aliquid supererit* y la sustitución preventiva de residuo, al decir que “*nos encontramos ante un fideicomiso de residuo cuando el testador, después de instituir heredero a su hijo, dispone unas sustituciones vulgares y le grava con una sustitución fideicomisaria condicional, para después de su muerte, facultándole no obstante para disponer libremente de los bienes hereditarios por actos inter vivos, con la obligación de hacer tránsito fideicomisario de los que no hubiere dispuesto. En ningún momento se puede hablar en este caso de una sustitución preventiva de residuo, pues para ello hubiera sido preciso la autorización expresa del testador para disponer por actos mortis causa*”.

En la misma línea, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal) de 25 de mayo de 2009<sup>526</sup> expone que “*las diferencias entre el fideicomiso de residuo (arts. 210 a 215 CDCC) y la sustitución preventiva de residuo (art. 216 CDCC) se encuentran en que: a) mientras el fideicomiso de residuo, el heredero fiduciario puede disponer de los bienes fideicomitados inter vivos y a título oneroso sin ninguna limitación (si quid supererit), b) en la sustitución preventiva de residuo el heredero adquiere la herencia sin ningún tipo de gravamen y la delación a favor del sustituto opera si quedan bienes de los que no haya dispuesto bien sea inter vivos o mortis causa; amplitud de facultades que alcanzan las transmisiones mortis causa que no se contemplan en los fideicomisos de residuo...*”.

¿Cuál será, entonces, la finalidad de la sustitución preventiva de residuo? Bajo nuestro punto de vista, la finalidad de la institución no es otra que evitar la sucesión intestada con respecto a los bienes procedentes del patrimonio del causante.

Así lo establece la DGRN en su Resolución de 29 de diciembre de 1.962<sup>527</sup>, en la cual asevera que “*en la sustitución preventiva de residuo, por el contrario el fiduciario puede disponer libremente tanto por actos inter vivos como mortis causa, por lo que es un verdadero heredero que no tiene limitada ninguna de sus facultades y sólo cuando*

---

<sup>525</sup> RJ 1987, 6042.

<sup>526</sup> RJ 2009, 3278.

<sup>527</sup> RJ 1962, 4311.

*no haya dispuesto de todos los bienes hereditarios en una y otra forma podrán tener derecho los sustitutos instituidos a dichos bienes, puesto que la finalidad de esta sustitución es solamente evitar que la herencia pueda quedar sin titular al morir el heredero o legatario sin haber otorgado testamento”.*

Mientras sea titular de la herencia el heredero, el beneficiario preventivo goza, simplemente, de una expectativa de suceder, que se hará efectiva, únicamente, si se cumple el hecho futuro e incierto de que el primer llamado muera sin haber dispuesto de todos los bienes de la herencia fideicomitida, o sin haber dispuesto mortis causa de éstos.

Desde un punto de vista práctico, consideramos interesantes traer a colación lo expuesto por RIVAS MARTÍNEZ<sup>528</sup> cuando cuenta que *“es ésta una figura que he utilizado en mi vida profesional en diversos testamentos y he podido percatarme de su gran utilidad en algunos supuestos, tales como, hermanas solteras, sin descendencia que se instituyen recíprocamente herederas universales con facultades dispositivas ilimitadas inter vivos y mortis causa , con la previsión de que si la hermana que sobrevivía fallecía sin haber otorgado testamento, lo no dispuesto inter vivos, pasará como sustitución de residuo, por ejemplo a un hermano de ellas.*

*Por tanto, el llamamiento a favor del sustituto, es, como ya se ha indicado, doblemente eventual. En primer lugar, porque sólo se produce cuando el primer instituido no ha dispuesto por actos entre vivos de la totalidad de los bienes que recibiera de su causante. Y en segundo lugar, porque se exige además que tampoco haya dispuesto de los mismos por actos mortis causa”.*

A parte de por lo ya expuesto, la institución preventiva de residuo se caracteriza por las dos siguientes notas:

- 1.- Es una sustitución *preventiva*, pues mediante ella el testador previene un posible abintestato del heredero sustituido y establece para evitarlo una especie de sucesión testamentaria subsidiaria del silencio dispositivo o de testar del mismo.
- 2.- Es una sustitución condicional o mejor dicho *doblemente condicional*, pues la misma quedará sin efecto si el sustituto o sustitutos premueren al sustituido y, aunque le sobrevivan, si el sustituido ha otorgado testamento válido y eficaz.

---

<sup>528</sup> RIVAS MARTÍNEZ, Problemas “habituales”..., *cit.*, pág. 488.

La figura de la sustitución preventiva de residuo, en cambio, sí se regula (a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Común) en la Compilación Catalana, concretamente, en el artículo 426-59<sup>529</sup> de su C.c., regulación mediante la cual el legislador catalán disipa la mayoría de las dudas que se plantean en el Derecho Común.

Entiende SOLÉ RESINA<sup>530</sup> que “en el Código Civil se cambia la ubicación de la sustitución preventiva de residuo y la sitúa dentro de la sección dedicada al fideicomiso, a diferencia de lo que sucedía en el Código de Sucesiones, donde se regulaba en una sección distinta. Esto podría entenderse como un argumento a favor de la primera opción indicada (si es o no una modalidad de fideicomiso de residuo), sin embargo, la mejor doctrina aboga por la naturaleza jurídica específica de la sustitución preventiva de residuo, caracterizada por el carácter preventivo de la sustitución”.

Por nuestra parte, consideramos que el hecho de que la sección sexta del capítulo VI del C.c. Catalán diferencie entre uno y otro concepto desde su título, “*El fideicomiso de residuo y la sustitución preventiva de residuo*”, puede servir como ejemplo de que, tal y como sucede en el Derecho Común, son consideradas también en Cataluña como figuras jurídicas diferentes.

Para concluir con el presente epígrafe, entendemos oportuno dejar expuesto que en la sustitución preventiva de residuo pueden llegar a contemplarse las siguientes situaciones:

a) Que el primer llamado *haya dispuesto íntegramente*, por actos *inter vivos*, de los bienes, que recibió del causante. En este supuesto no adquirirá nada el sustituto.

---

<sup>529</sup> Regula el artículo 426-59 del C.c. Catalán que “1.- En la sustitución preventiva de residuo, el testador, en previsión de que algún heredero o legatario muera sin dejar sucesor voluntario, llama a una o más personas para que, cuando mueran aquellos, hagan suyos los bienes que el heredero o el legatario hayan adquirido en la sucesión del testador y de los que no hayan dispuesto por actos entre vivos, por cualquier título, o por causa de muerte.

2.- Además de lo establecido por el apartado 1, existe sustitución preventiva de residuo cuando un fideicomitente autoriza expresamente al fiduciario para disponer libremente de los bienes de la herencia o el legado fideicomisos por actos entre vivos y por causa de muerte, y designa a uno o más sustitutos para después de morir el fiduciario.

3.- La delación a favor de los sustitutos preventivos de residuo solo se produce si el heredero o el legatario mueren sin haber otorgado testamento o heredamiento válido y eficaz o si los herederos que los sustituidos han instituido no llegan a sucederles por cualquier causa.

4.- Los bienes de los que el heredero o el legatario sustituidos no hayan dispuesto son adquiridos por los sustitutos preventivos como sucesores del testador que ordenó la sustitución”.

<sup>530</sup> SOLÉ RESINA, *El fideicomiso...*, cit., pág. 1.044.

b) Que el primer llamado no haya dispuesto por actos *inter vivos* de la totalidad de los bienes recibidos del instituyente, pero, decida disponer del resto de bienes fideicomitidos *mortis causa*, a favor del heredero por él instituido en testamento, en cuyo caso, tampoco recibirá nada el sustituto.

c) Que el primer llamado haya dispuesto sólo de parte de los bienes por actos *inter vivos*, y fallezca sin haber instituido heredero. En esta hipótesis el fideicomisario recibirá el resto de bienes no dispuesto por el instituido como heredero directo del testador. Es decir, que sólo cuando el fiduciario no realizase previsión testamentaria alguna para disponer *mortis causa* de la herencia fideicomitada, entonces podría el fideicomisario fijado por el causante en la sustitución preventiva de residuo hacer efectivo su llamamiento.

## **XII.- SIMILITUDES EXISTENTES ENTRE DOS INSTITUCIONES DIVERSAS: LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA Y EL USUFRUCTO EN SUS DIFERENTES MODALIDADES**

La sustitución fideicomisaria y el usufructo son dos instituciones diferentes (una situada en la parte dedicada al Derecho Sucesorio, y la otra en la parte de los Derechos reales), aunque con grandes similitudes desde el punto de vista práctico.

Las similitudes entre ambas figuras se aprecian desde su origen, ya que ambas provienen del Derecho Romano.

Habiendo estudiado ya el origen de la sustitución fideicomisaria, hacemos referencia, brevemente, al del usufructo, debiendo destacar que, en el Derecho Romano, el usufructo fue una institución típicamente familiar de carácter alimentario desarrollada en el campo del Derecho Sucesorio. Nació, incluso, antes de que el fideicomiso romano estuviese perfeccionado, teniendo al comienzo como finalidad principal la de suministrar a la viuda medios económicos suficientes para poder vivir tras el fallecimiento del marido, dejando al mismo tiempo al heredero el valor sustancial de la cosa dada en usufructo. De esta forma, el testador conseguía, por una parte, proteger a la viuda económicamente, y, por otra, mantener los bienes dentro del grupo familiar.

En este sentido, recoge SÁNCHEZ CALERO<sup>531</sup> que el usufructo trata de conciliar en su origen una duplicidad de intereses, “*en el momento del fallecimiento del pater familias, éste puede dejar hijos, en cuyo caso estará interesado en que sus bienes pasen a sus descendencia por ser la continuación de su propia stirpe; pero al mismo tiempo, puede dejar otra persona, el cónyuge, partícipe de una comunidad de existencia, respecto del cual su interés se centrará en asegurarle para el futuro una decorosa subsistencia*”.

### **12.1.- Principales diferencias**

Tal y como recogimos en un epígrafe anterior, desde hace más de cincuenta años, coinciden doctrina y jurisprudencia en que el usufructo y la sustitución fideicomisaria son figuras jurídicas diferentes.

Las principales diferencias entre una y otra institución son las siguientes:

a.- El fiduciario es un auténtico sucesor a título universal, el usufructuario únicamente es considerado legatario. Es decir, que mientras que el fiduciario es propietario, aunque sea temporal, con la obligación de conservar los bienes fideicomitidos para transmitirlos al fideicomisario, el usufructuario no lo es, ya que sólo es titular de un derecho real limitado en cosa ajena (*ius in re aliena*). El primero goza de los bienes y los administra como titular (propietario), no lo es de un derecho de usufructo, sino que percibe los frutos como todo propietario (artículo 354 del C.c.). Tiene sobre los bienes facultades más amplias que el usufructuario: abono de mejoras (artículo 783; compárese con el artículo 487, para el usufructuario); en cuanto a tesoro y minas tiene la condición de propietario; es discutida la exigibilidad de caución; puede cobrar créditos del caudal hereditario (véase la diferencia con el artículo 507), incluso sus propios créditos contra la herencia; responde de los perjuicios sufridos por esos bienes por dolo o culpa suya durante su tenencia y gestión, etcétera<sup>532</sup>.

b.- Mientras al fideicomisario le incumbe una simple expectativa de delación, el nudo propietario es titular actual del dominio gravado con el usufructo, ya que cuando el testador propicia el desmembramiento, no hace un doble llamamiento sucesivo respecto

---

<sup>531</sup> SÁNCHEZ CALERO, “El usufructo con facultad de disponer”, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1.982, pág. 215.

<sup>532</sup> LACRUZ, *Elementos...*, cit., págs. 268 y 269.

de la misma cosa, sino que distribuye entre distintas personas, de modo inmediato las facultades integrantes del derecho, tal y como refleja la Resolución de la DGRN de 2 de diciembre de 1.986<sup>533</sup>, cuando establece que “...*siempre resultará que en el usufructo el titular tiene un ius in re aliena, con su régimen peculiar, mientras que al fiduciario corresponde el pleno dominio sobre los bienes, con la obligación de conservarlos y con sujeción a un régimen distinto del de usufructuario y además porque el testador, cuando desmembra el derecho en usufructo y nuda propiedad, no hace un doble llamamiento sucesivo respecto de la misma cosa, sino que distribuye entre distintas personas, de modo inmediato, las facultades integrantes del derecho...*”.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2.006<sup>534</sup> hace suya el contenido de la resolución que acabamos de exponer.

c.- Si por cualquier causa (por ejemplo, premoriencia del causante o repudiación por el fideicomisario) no pudiera tener lugar la sustitución, adquiere el fiduciario todos los derechos que habrían de corresponder al sustituto; lo cual no ocurre con el usufructuario, porque el usufructo y la nuda propiedad son cosas diferentes, y se producen simultáneamente, adquiriendo el nudo propietario sus derechos al mismo tiempo que el usufructuario, al que no puede corresponder el dominio aunque al extinguirse el usufructo haya desaparecido el nudo propietario, o aunque el llamamiento en favor de este último haya devenido anteriormente ineficaz por cualquier motivo.

En este sentido, la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1.954<sup>535</sup> establece en su tercer Considerando: “...*doctrina que no puede aceptarse, porque sin dejar de reconocer la analogía existente entre la situación del heredero fiduciario y del usufructuario, en cuanto uno y otro están imposibilitados para enajenar válidamente los bienes que disfrutan, se diferencian sustancialmente ambos conceptos en que en la sustitución fideicomisaria las transmisiones acordadas por el disponente, recaen sobre el mismo objeto, con efecto sucesivo, es decir, se llama una misma cosa al fiduciario y al fideicomisario, de tal modo que si por cualquier causa, no pudiera tener lugar la sustitución, adquiere el fiduciario todos los derechos que habrían de corresponder al sustituto; lo cual no ocurre con el usufructuario, porque el usufructo y la nuda propiedad son cosas diferentes, y se producen simultáneamente, adquiriendo el nudo*

---

<sup>533</sup> RJ 1986, 7883.

<sup>534</sup> RJ 2006, 6513.

<sup>535</sup> RJ 1954, 2636.

*propietario sus derechos al mismo tiempo que el usufructuario, al que no puede corresponder el dominio aunque al extinguirse el usufructo haya desaparecido el nudo propietario”.*

d.- Una última diferencia que traemos a colación es que al cesar el usufructo, las facultades que lo integran se reincorporan a la nuda propiedad por virtud de la *vis atractiva* del dominio, mas no por previsión del testador, lo que sí ocurre en cambio en las sustituciones fideicomisarias<sup>536</sup>.

Todas estas diferencias hacen que tanto nuestra doctrina como la jurisprudencia se pronuncien de forma pacífica respecto a que nada tiene que ver las consecuencias jurídicas que depara ser fiduciario con las de ser usufructuario.

Así lo entienden todos los autores, destacando la posición, entre otros, de OSSORIO MORALES<sup>537</sup>, quien afirma que *“la equiparación entre fiduciario y usufructuario no es admisible, y que el fiduciario (cuando el fideicomiso es universal) es un verdadero heredero, y como tal deviene titular de los bienes y derechos objeto de la sustitución: propietario, acreedor, titular de derechos reales limitados, etc.”*; o de ROCA SASTRE<sup>538</sup>, para quien *“la posición jurídica del fiduciario es la de propietario de los bienes fideicomitados, y si el fideicomiso es universal, tiene la condición de heredero. (...) Precisa abandonar la idea de quienes sostienen que el fiduciario tiene la posición jurídica de un usufructuario”*; CASTÁN<sup>539</sup> por su parte, argumenta que *“no existe identidad absoluta entre el derecho de disfrutar una herencia con la condición de pasar los bienes a un segundo heredero, y el derecho de usufructo, si bien pueden aplicarse al primero por analogía algunas normas del último”*; PUIG BRUTAU<sup>540</sup>, siempre en la misma línea, entiende que *“el fiduciario es heredero y, como tal, propietario y no simple usufructuario. Si fuese usufructuario no sería heredero porque no sería sucesor a título universal”*; LACRUZ BERDEJO<sup>541</sup> yendo un poco más allá, considera que *“el fiduciario, en cuanto heredero, es propietario, acreedor, titular de los derechos reales limitados, etc., por consiguiente puede enajenar, en su caso inscribir (art. 84 RH) el derecho que le compete sobre los bienes del causante, y éstos se confunden*

---

<sup>536</sup> LACRUZ, *Elementos...*, cit., pág. 346.

<sup>537</sup> OSSORIO MORALES, *Op. cit.*, págs. 280 y 281.

<sup>538</sup> ROCA SASTRE, *Estudios...*, cit., pág. 49.

<sup>539</sup> CASTÁN, *Op. cit.*, pág. 252.

<sup>540</sup> PUIG BRUTAU, *Op. cit.*, pág. 559.

<sup>541</sup> LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., pág. 275.

*jurídicamente con su patrimonio, aunque deben tomarse medidas para evitar la confusión material definitiva, con objeto de que pueda tener efectividad el derecho del fideicomisario”; MANRESA<sup>542</sup> opina que “la cualidad jurídica del fiduciario es la de un heredero propietario de los bienes de la herencia”; y TRAVIESAS<sup>543</sup> asevera que “el sucesor, en la sustitución fideicomisaria (como en las demás sustituciones), puede ser heredero o legatario (arts. 781 y 789 C.c.). Y al heredero o al legatario pueden corresponderles derechos de propiedad o de crédito, o de otra clase, según los derechos que integren la herencia y sean objeto de la correspondiente disposición testamentaria. Lo que no puede admitirse es que sea un usufructuario. El supuesto de usufructo no es supuesto de sustitución fideicomisaria y es objeto de regulación especial en la ley (art. 787 C.c.)”; y por último, los autores DÍEZ PICAZO y GULLÓN<sup>544</sup> argumentan que “hoy está totalmente abandonada la tesis de la equiparación entre el fiduciario y el usufructuario en la doctrina y en la jurisprudencia. Es evidente que el Código se apartó de ella, pues le concede en el artículo 783 la facultad de hacer mejoras con derecho a reclamar su importe, lo que no hace con el usufructuario. Además, es un heredero según el Código civil, cualidad que nunca puede ostentar el que es llamado sólo al usufructo al no haber sucesión en la misma posición jurídica del causante, pues era propietario pleno”.*

Ahora bien, una vez expuestas las principales diferencias existentes entre una y otra institución desde el punto de vista teórico, volvemos a reiterar que, en la práctica, el contenido de las mismas es bastante similar, tal y como se demuestra, por ejemplo, con las remisiones entre artículos del C.c. en cuanto a la regulación de ambas figuras.

Así, sucede, por ejemplo, con el artículo 640 del C.c., aplicable cuando se done la propiedad a una persona y el usufructo a otra: la limitación será, entonces, la del artículo 781 del propio C.c., encargado de regular la sustitución fideicomisaria. También si llama al usufructo a varias personas sucesivamente se estará, de nuevo, a lo que dispone el mismo precepto. O, en el otro sentido, el artículo 787 C.c., que considera válida la disposición en la que el testador deje a una persona el todo o parte de la herencia y a otra el usufructo.

---

<sup>542</sup> MANRESA, *Op. cit.*, pág. 310.

<sup>543</sup> TRAVIESAS, *Op. cit.*, pág. 419.

<sup>544</sup> DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Op. cit.*, pág. 100.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1.952<sup>545</sup> comienza afirmando que el usufructo y la sustitución fideicomisaria son instituciones jurídicas diferentes, para acabar reconociendo la similitud existente entre una y otra figura, cuando establece que *“ciertamente no cabe asimilar en absoluto las facultades del fiduciario a las del usufructuario, porque como dijo la sentencia de 26 de febrero de 1919 y lo reconoce la doctrina científica, el usufructo y la sustitución fideicomisaria condicional son instituciones jurídicas distintas por su respectiva naturaleza, por su origen y por su finalidad, pero esto no obstante, es indudable que en cuanto al modo de disfrute existe gran semejanza entre una y otra institución, o por fallecimiento del usufructuario, en todo caso, o por el del fiduciario instituido...”*.

## **12.2.- Sustitución fideicomisaria y usufructo sucesivo**

Expone el artículo 787 del C.c. que *“la disposición en que el testador deje a una persona el todo o parte de la herencia, y a otra el usufructo, será válida. Si llamare al usufructo a varias personas, no simultánea, sino sucesivamente, se estará a lo dispuesto en el artículo 781”*.

Tal y como narra GALICIA AIZPURUA<sup>546</sup>, la doctrina suele tildar la primera previsión del presente artículo de perfectamente innecesaria e inútil, ya que la atribución testamentaria desgajada del usufructo a un sucesor y de la nuda propiedad a otro distinto no plantea problema alguno de validez ni aun de determinación del régimen jurídico aplicable. En este sentido, su existencia se explica únicamente en tanto que arrastre histórico de una norma muy similar que contuviera el párrafo primero del art. 638 del proyecto isabelino de 1.851, donde, sin embargo, sí ostentaba cierta enjundia: como quiera que el texto proyectado proscribía totalmente las sustituciones fideicomisarias (art. 635), la previsión tenía la virtualidad de aclarar que la prohibición no alcanzaba a *“la disposición en que el testador deje la propiedad a uno, y el usufructo a otro u otros”*.

---

<sup>545</sup> RJ 1952, 1231.

<sup>546</sup> GALICIA AIZPURÚA, *Comentarios...*, cit. pág. 5.749.

No obstante, el propio GARCÍA GOYENA<sup>547</sup>, en relación con el artículo 638 del proyecto isabelino de 1.851 (proyecto en el que se prohibía totalmente las sustituciones fideicomisarias, por lo que sí tenía sentido aclarar la posible constitución de usufructo) al hablar del usufructo, afirmaba que *“aquí, hablando con propiedad, no hay verdadera sustitución sino dos donaciones, una del usufructo y otra de la propiedad. Cierta es que la segunda no surtirá plenamente sus efectos sino después de expirar la primera; pero el donatario de la propiedad no es sustituto del usufructuario que nunca la adquirió: esto es tan sencillo y palmario que excusa todo razonamiento”*.

Por otra parte, también podemos traer a colación, en este sentido, el contenido del artículo 469 del C.c., que permite la constitución de un usufructo en todo o parte de los frutos de la cosa, a favor de una o varias personas, simultánea o sucesivamente, y, en todo caso, desde o hasta cierto día, puramente o bajo condición. También puede constituirse sobre un derecho, siempre que no sea personalísimo o intransferible.

Entonces, ¿era indispensable el contenido del artículo 787 del C.c. para que el testador pudiese dejar *mortis causa* todo o parte de la herencia a una persona, y a otra el usufructo?

LACRUZ BERDEJO<sup>548</sup> entiende rotundamente que no, cuando manifiesta que esta figura no planteaba problemas de validez y tampoco dificultades de identificación o de disciplina; mientras que CÁMARA LAPUENTE<sup>549</sup>, por su parte, considera que la regla introducida por el artículo 787 del C.c., por obvia, es innecesaria.

En cuanto a la segunda parte del artículo 787 del C.c., se establece que *“si llamare al usufructo a varias personas, no simultánea, sino sucesivamente, se estará a lo dispuesto en el artículo 781”*.

Se trata de evitar que, a través de la atribución sucesiva del usufructo a diversas personas, se llegue a una indefinida inmovilización de la propiedad, aplicándose para ello el límite del segundo grado de las sustituciones fideicomisarias.

Volvemos a preguntarnos al respecto, ¿y era necesaria su regulación en el artículo 787?

---

<sup>547</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español*, Tomo I, Reimpresión de la edición de 1.852, Editorial Base, Barcelona, 1.973, pág. 86.

<sup>548</sup> LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., pág. 286.

<sup>549</sup> CÁMARA LAPUENTE, *Comentarios al...*, cit., pág. 902.

Bajo nuestro punto de vista, no. De igual forma se expresan, entre otros, CÁMARA LAPUENTE<sup>550</sup> cuando afirma que “*en cuanto al segundo supuesto que regula el artículo 787, de nuevo la regla es redundante...*”; o GALICIA AIZPURUA<sup>551</sup>, para quien “*es común afirmar que la segunda parte del art. 787 contiene una previsión tan inútil y superflua como la primera...*”.

Y es que la doctrina actual<sup>552</sup> entiende innecesario el contenido del segundo párrafo del artículo 787 del C.c., porque en el usufructo sucesivo se establece una situación similar a la sustitución fideicomisaria de legado, ya que todos los usufructuarios reciben su derecho del testador y no del usufructuario anterior y comienzan a disfrutarlo cuando concluye el usufructo antecedente, siéndole, por ello, de aplicación el límite a los llamamientos establecidos en el artículo 781 del C.c. directamente por mandato del artículo 789, que establece que “*todo lo dispuesto en este capítulo respecto a los herederos se entenderá también aplicable a los legatarios*”.

Dicho lo cual, no cabe duda de que el límite del segundo grado para personas que no vivan al fallecer el testador (artículo 781 del C.c.), rige también para esta sustitución de legado que es la del usufructo sucesivo. De ahí que la mayor parte de autores estimen que la observancia de dicho tope no requiere de adaptación especial alguna a este ámbito, de forma que al fideicomitente le está permitido designar tantos usufructuarios como desee si se trata de personas vivientes o concebidas al instante de la apertura de la sucesión, y a favor de otras dos personas más inexistentes en tal momento.

Y es, precisamente, en torno al número de llamamientos posibles de usufructuarios sucesivos no vivos al tiempo de la apertura de la sucesión, donde se plantea el problema, ya que, según la doctrina mayoritaria, para resolver dicha cuestión se aplicará tal cual el artículo 781 del C.c., de manera que cabrían dos llamamientos más a favor de usufructuarios que no vivan al tiempo de fallecer el testador, entendiendo, por tanto, que en el límite de los dos grados cabrían hasta tres usufructuarios: el inicial que debe vivir o estar concebido al fallecimiento del causante (equivaldría al fiduciario), y dos posteriores, que podrían ser todavía no vivos (se equiparan con los dos fideicomisarios).

---

<sup>550</sup> CÁMARA LAPUENTE, *Op. cit.*, pág. 902.

<sup>551</sup> GALICIA AIZPURUA, *Comentarios...*, cit., pág. 5.752.

<sup>552</sup> Así, entre otros, LACRUZ BERDEJO, *Op. cit.*, pág. 287; ALBALADEJO, *Comentario...*, cit., pág. 390; DOMINGO AZNAR, *Op. cit.*, pág. 96; GALICIA AIZPURUA, *Comentarios...*, cit., pág. 5.752 y CÁMARA LAPUENTE, *Comentarios...*, cit., pág. 902.

Sin embargo, ALBALADEJO<sup>553</sup> discrepa de esta posibilidad, posicionándose en la admisión de un único llamamiento cuando se trate de usufructuarios inexistentes al momento de la apertura de la sucesión, o como afirma literalmente: “*los dos tránsitos o transmisiones a personas no vivas al morir el causante se agotan con un traspaso al único usufructuario no vivo posible, y con un nuevo traspaso de éste a un heredero pleno. (...) La ley no quiere más separación entre usufructo y propiedad que la que admite entre herencia fiduciaria y herencia fideicomisaria. Basta tener presente que la sensible igualdad práctica entre usufructo y fideicomiso pide que en el caso de aquél no se acepte más duración de la separación de disfrute y propiedad de lo que se acepta que dure la situación fideicomisaria*”.

Para llegar a tal conclusión el autor se apoya en el espíritu que inspira el artículo 781 del C.c., en el principio de libertad de los bienes y en la regla *in dubio contra fideicommissum*.

Por nuestra parte, coincidimos con el planteamiento expuesto por ALBALADEJO, ya que entendemos que el llamamiento a favor de dos usufructuarios no vivos al fallecimiento del testador puede suponer el sometimiento de la herencia fideicomitada a una vinculación más larga que la permitida mediante la sustitución fideicomisaria, a lo cual no le encontramos ningún sentido, ya que el usufructo sucesivo, al quedar regulado en el articulado de la sustitución fideicomisaria, deberá respetar el límite fijado para ésta.

De hecho, nos planteamos si no sería, precisamente, ésta la intención del legislador al incluir dentro de la sección dedicada a la regulación de la sustitución fideicomisaria la figura del usufructo sucesivo, es decir, fijar como límite a la hora de nombrar usufructuarios sucesivos el mismo que el establecido para nombrar fideicomisarios.

Dicho límite en la sustitución fideicomisaria lo marca el segundo fideicomisario no vivo a la apertura de la sucesión (que sería el tercer heredero, tras el fiduciario y el primer fideicomisario), el cual se convierte directamente en heredero pleno al ostentar, en realidad, la condición de fiduciario del primer fideicomisario no vivo al fallecimiento del testador por los motivos expuestos anteriormente en el epígrafe dedicado a esta cuestión. Es decir, que el segundo fideicomisario no vivo a la apertura de la sucesión se convierte en el último eslabón en la cadena de la sustitución fideicomisaria.

---

<sup>553</sup> ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., págs. 391, 392 y 393.

Sin embargo, en el usufructo sucesivo, el papel del segundo usufructuario no vivo (tercer usufructuario en la herencia) no sería el mismo, sino que después de disfrutar él la herencia fideicomitada, ésta pasaría al nudo propietario en cuarto lugar. Primero sería el usufructuario vivo a la apertura de la sucesión, después el primer usufructuario no vivo a la apertura, en tercer lugar el segundo usufructuario no vivo entonces, y a su fallecimiento, en cuarto lugar, aparece el nudo propietario.

La interpretación al respecto de algún autor como GALICIA AIZPURUA<sup>554</sup> puede llevar a confusión, ya que, en su opinión “*el nudo propietario únicamente devendrá definitivamente libre (esto es, pleno dueño) en tercer lugar (una vez muertos tanto los usufructuarios vivos al óbito del de cuius como el segundo usufructuario que no lo estuviese entonces)...*” Y es que, tal y como acabamos de argumentar, de admitirse la posibilidad del doble llamamiento a usufructuarios no vivos a la apertura de la sucesión, el nudo propietario aparecería en cuarto lugar, no en el tercero.

Llegados a este punto, de lo que no cabe duda es de que, de permitirse la posibilidad defendida por la mayoría de la doctrina española del llamamiento hasta un segundo usufructuario no vivo a la apertura de la sucesión, estaríamos afirmando que, mediante el usufructo sucesivo, los bienes queden vinculados por más tiempo que mediante la sustitución fideicomisaria, cosa que, en nuestra opinión, no es posible.

Nosotros apostamos por la posibilidad de que mediante el usufructo sucesivo recogido en el artículo 787 del C.c., tras el nombramiento de los usufructuarios vivos que se quiera, sólo será posible llamar a un usufructuario no vivo al momento del fallecimiento del testador, pasando a ser el siguiente llamado el nudo propietario; o dicho de otra forma, el segundo de los usufructuarios que no viva al tiempo de fallecer el testador será directamente el nudo propietario, y todo ello, reiteramos, con la intención de que el nudo propietario sea llamado en tercer lugar, al igual que lo es el heredero definitivo (el segundo fideicomisario no vivo al abrirse la sucesión) en las sustituciones fideicomisarias.

Concluyendo ya con la cuestión tratada, hemos de destacar que, pese a considerar el usufructo sucesivo como una especie de sustitución fideicomisaria de legado, la diferencia principal entre el usufructo sucesivo y la sustitución fideicomisaria es que cada uno es titular de un derecho diverso.

---

<sup>554</sup> GALICIA AIZPURUA, *Comentarios...*, cit., pág. 5.752.

Igualmente, el usufructuario no es un fiduciario, lo que significa que no es propietario de los bienes sino titular de un derecho real limitado, aunque ambos compartan el deber de conservar los bienes.

Según MANRESA<sup>555</sup>, los sucesivos usufructuarios no pueden equipararse a los fideicomisarios, ya que aquellos tienen cada uno un derecho nuevo de usufructo respecto a los anteriores, mientras que los fideicomisarios tienen igual derecho que el primer instituido.

### **12.3.- Usufructo testamentario sin atribución coetánea de la nuda propiedad: el “pseudousufructo testamentario”**

Hablamos de “*pseudousufructo testamentario*” cuando el testador instituya simultáneamente, de un lado, a una o varias personas como herederas en el usufructo (sin atribución coetánea de la nuda propiedad a nadie), y de otro, designe a ciertos sujetos para que sucedan en plena propiedad de los bienes relictos a partir de la muerte de aquéllas.

GONZÁLEZ PALOMINO<sup>556</sup> describe la figura, con carácter general, de la siguiente forma: “*Se dispone una institución de heredero universal en usufructo vitalicio, con indeterminación de propietarios e inexistencia de nudo propietarios, difiriéndosela adquisición plena de la herencia hasta el momento de la muerte del usufructuario, a favor de varias personas que en aquel instante vivan y sólo entonces se determinan*”.

Para LACRUZ BERDEJO<sup>557</sup>, que denomina esta figura como usufructo sin asignación coetánea de la nuda propiedad, “*en los testamentos suele ser bastante frecuente una cláusula testamentaria del siguiente o parecido tenor: <<instituyo heredero en usufructo a X, pasando a su muerte el pleno dominio de los bienes a los hijos o descendientes que entonces pueda tener el propio X>>. O bien <<Instituyo heredera usufructuaria a mi esposa, y a su muerte sean herederos en pleno dominio mis*

---

<sup>555</sup> MANRESA, Op. cit., págs. 348 y 349.

<sup>556</sup> GONZÁLEZ PALOMINO, “Estudios de arte menor sobre Derecho sucesorio. I. Diagnóstico y tratamiento del ‘pseudousufructo testamentario’”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1.946, pág. 452.

<sup>557</sup> LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil, V, Sucesiones*, Cuarta Edición, Revisada y puesta al día por Rams Albesa, Editorial Dykinson, Madrid, 2009, pág. 279.

*sobrinos>>. (...) A veces todavía la cláusula es menos expresiva: <<Instituyo heredero usufructuario a X y a su muerte recibirán mi herencia mis hermanos A y B>>”.*

Bajo nuestro punto de vista, la regulación de esta institución no debe plantear problemas, si bien es cierto que existe un amplio sector doctrinal que se plantea una serie de cuestiones al respecto, como, por ejemplo, si se trata realmente de un usufructo o de una sustitución fideicomisaria; y en caso de encontrarnos con un usufructo, quién será el nudo propietario mientras el usufructuario disfruta de los bienes; o también, si será posible un usufructo sin determinación temporal de la nuda propiedad.

Para resolver todos estos interrogantes, algunos autores<sup>558</sup> entienden que la solución depende de la interpretación que se haga del testamento, y, más concretamente, de la voluntad del causante.

Así, por ejemplo, la autora PANIZA FULLANA<sup>559</sup> considera que en muchas ocasiones, de una interpretación literal se deduce claramente la existencia de un usufructo, y de la “supuesta” intención del testador se deduce una sustitución fideicomisaria.

Aunque en esta línea destaca GONZÁLEZ PALOMINO<sup>560</sup>, que llega a afirmar directamente que no es que se asimilen ambas figuras, sino que los pseudousufructos testamentarios son sustituciones fideicomisarias. Y es que, según el autor, la sustitución fideicomisaria es la única figura que puede explicar el que se establezca un usufructo sin asignación de la nuda propiedad: un usufructo independiente, una nuda propiedad inexistente y la capacidad de los no concebidos.

Entendemos oportuno recalcar que en los testamentos en los que se engloban pseudousufructos testamentarios siempre aparece la palabra usufructo. Y de ahí que nosotros nos planteemos: ¿Y por qué no estar al contenido literal de las palabras del testamento? Si en éste se establece literalmente un usufructo en vez de una sustitución fideicomisaria, ¿por qué intentar llegar a la “supuesta intención” del testador si éste ha reflejado su voluntad en su testamento literalmente al establecer la palabra “usufructo”?

---

<sup>558</sup> Entre otros, GALICIA AIZPURUA, *Op. cit.*, pág. 5.751; DOMINGO AZNAR, *Op. cit.*, pág. 97; ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, *Op. cit.*, pág. 957.

<sup>559</sup> PANIZA FULLANA, *Usufructo y Fideicomiso: Estatuto de concurrencia*, Cuadernos de Aranzadi Civil, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2.008, pág. 22.

<sup>560</sup> GONZÁLEZ PALOMINO, *Estudios...*, cit., pág. 454.

Aun así, expone GALICIA AIZPURUA<sup>561</sup> que “*en la tarea de interpretación testamentaria no habrá de darse excesivo peso al empleo de la palabra usufructo, ya que el testador (cuando menos, el lego en Derecho) difícilmente podría ser consciente de las diferencias que median entre un usufructuario y un heredero ad tempus*”.

Pero justo al contrario, nosotros el argumento que usamos para afirmar que no existe ninguna duda en cuanto al pseudousufructo testamentario y su regulación como un usufructo cualquiera es, precisamente, el de la interpretación del testamento, ya que comienza estableciendo el artículo 675 del C.c. al respecto que “*toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador*”.

A dicha conclusión llegamos por varios motivos, como, por ejemplo:

a.- Vista la complejidad de este tipo de testamento, lo lógico será aquéllos en los que se establezcan este tipo de cláusulas sean testamentos notariales. Pero yendo un poco más allá, debido a la complejidad técnica que conlleva la diferenciación entre el pseudousufructo testamentario y la sustitución fideicomisa de residuo, habrá sido el notario el que haya redactado el notario una vez que interprete la voluntad del testador, en base al artículo 147 del Reglamento Notarial, que recoge: “*los notarios redactarán los instrumentos públicos interpretando la voluntad de los otorgantes, adaptándola a las formalidades jurídicas necesarias para su eficacia*”.

Entonces, ¿hemos de dudar de la capacidad del notario a la hora de trasladar la intención del causante al testamento, o de explicarle las diferencias que existen entre usufructo y sustitución fideicomisaria?

Así lo hace, por ejemplo, LACRUZ BERDEJO<sup>562</sup>, cuando advierte que “*idéntica prevención ha de adoptarse aun tratándose de testamento notarial, atendida la tendencia a conservar ‘durante siglos’ el tenor literal de las cláusulas usadas*”.

Particularmente, nos posicionamos en contra de dicha afirmación, ya que no nos permitimos dudar de la capacidad de los notarios españoles. Es más, al contrario, consideramos, casi con total seguridad, que todos ellos son conscientes de las importantes diferencias que conlleva establecer un usufructo o una sustitución

---

<sup>561</sup> GALICIA AIZPURUA, *Comentarios...*, cit. pág. 5.751.

<sup>562</sup> LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., pág. 347.

fideicomisaria<sup>563</sup>, y más teniendo en cuenta el gran número de Sentencias del Tribunal Supremo al respecto, así como las Resoluciones de la DGRN.

Por esto, entendemos que, de aparecer literalmente la palabra “*usufructo*” en el testamento, es porque la voluntad del causante fue la de establecer esta institución, aun siendo consciente del alcance y diferencia que supone el establecimiento de un pseudousufructo testamentario o una sustitución fideicomisaria.

b.- Otro motivo en el que basamos nuestro fundamento es que para el Tribunal Supremo no existe inconveniente técnico alguno por el que “*la institución de un usufructo testamentario, silenciando la atribución de la nuda propiedad respecto de los bienes a que se refiere y designando en cambio los herederos de futuro a los que pasarán en pleno dominio*”, deje incierto el hecho de a quién corresponda dicha nuda propiedad, caso en el cual “*su titularidad queda en expensa o expectativa*” (Sentencia de 4 de diciembre de 1.975<sup>564</sup>, que remite, entre otras, a la de 4 de febrero de 1.970<sup>565</sup>).

c.- El último motivo que esgrimimos al respecto es que, coincidiendo con CUADRADO IGLESIAS<sup>566</sup>, entendemos que si el testador dispuso en su testamento del usufructo de sus bienes para que tuviera efectividad a partir de su fallecimiento, no significa que la nuda propiedad no exista, sino que lo que sucede es que esta nuda propiedad no ha sido atribuida a nadie por el testador. De ahí que no se pueda hablar de “inexistencia” de la nuda propiedad, sino más bien de “falta de asignación” de la misma.

Concluimos el presente apartado explicando el diferente alcance del pseudousufructo testamentario y la sustitución fideicomisaria, y el porqué de nuestra apuesta de considerar ambas figuras independientes e inconfundibles.

Por ejemplo, en el supuesto anteriormente expuesto de que el testador instituye heredera usufructuaria a su esposa, y a la muerte de ésta establece como herederos en pleno dominio a sus sobrinos.

---

<sup>563</sup> Las consecuencias pueden ser diferentes, por ejemplo, si es usufructuario a su fallecimiento desaparece el usufructo y toda relación con el caudal usufructuado, siendo los herederos del usufructuario extraños a la herencia, aunque el usufructuario sobreviviese al nudo propietario. En cambio, en los casos de sustitución fideicomisaria, si el fiduciario sobrevive a los fideicomisarios le pertenecerán en propiedad los bienes fideicomitidos una vez le premueran los fideicomisarios, heredando, entonces sí, en su día sus herederos al fiduciario, no como sucedía con el usufructuario.

<sup>564</sup> RJ 1975, 4324.

<sup>565</sup> RJ 1970, 524.

<sup>566</sup> CUADRADO IGLESIAS, “Configuración jurídica del llamado ‘pseudousufructo testamentario’”, en *Revista de Derecho Privado*, 1.971, pág. 1.077.

Al ser “heredera usufructuaria” la esposa del causante, aunque sobreviva a los sobrinos del testador, la usufructuaria jamás pasará a convertirse en heredera definitiva, sino que, una vez que ella fallezca, sucederán los herederos de los sobrinos ya fallecidos del causante.

Pero, ¿qué hubiese pasado en el presente caso si la esposa fuese “heredera fiduciaria” y los sobrinos apareciesen como fideicomisarios? Pues que el hecho de haber sobrevivido la fiduciaria a los fideicomisarios la habría convertido automáticamente en heredera definitiva, ya que como vimos anteriormente, si el fiduciario sobrevive al fideicomisario, consolida la cualidad de heredero ordinario del patrimonio fideicomitado, dejando de ser un propietario *ad tempus* y convirtiéndose en el único heredero del causante. Y una vez que la esposa del testador pasó a ser heredera definitiva de los bienes fideicomitados pudo hacer con ellos lo que quisiera, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, dejando de aparecer, entonces, como sucesores del causante los herederos de los sobrinos fallecidos, como en cambio sí sucedía con el pseudousufructo testamentario.

He aquí una muestra del diferente alcance jurídico que puede suponer la institución de una u otra figura jurídica, y el por qué no, en nuestra opinión, y en contra de lo que sostienen algunos autores, hemos de entender que al hablar de pseudousufructo testamentario estamos haciendo referencia a la sustitución fideicomisaria.

#### **12.4.- Usufructo con facultad de disponer y sustitución fideicomisaria de residuo**

Con relativa frecuencia podemos encontrarnos con que el testador concede al usufructuario establecido en testamento la facultad de disponer de los bienes usufructuados. ¿Y cuál será, entonces, la diferencia entre este tipo de usufructo en el que se permite al usufructuario disponer de los bienes y la sustitución fideicomisaria de residuo?

Al respecto, DÍAZ ALABART<sup>567</sup> entiende que distinto del fideicomiso de residuo es el usufructo con facultad de disposición, en el que al usufructuario se le permite disponer de los bienes usufructuados, tan distinto como es distinta la sustitución fideicomisaria con deber de conservar, del usufructo normal o sin facultad de disposición.

---

<sup>567</sup> DÍAZ ALABART, *Comentarios...*, cit., pág. 205.

Teóricamente no cabe confusión entre fideicomiso de residuo y usufructo con facultad de disposición. Otra cosa es que se pueda dar en la práctica, o que no quede claro si, en su caso, el testador ha querido el uno o el otro.

En el fideicomiso de residuo hay, desde que muere el causante, un dueño de la herencia, el fiduciario, y después, los bienes que queden pasarán a otro dueño, el fideicomisario. En el usufructo de disposición, desde que muere el causante, es dueño de la herencia el único heredero, el nudo propietario, y mientras que vive el usufructuario tiene un derecho real en cosa ajena, que le permite disfrutar de la herencia, que no es suya, aunque tenga también facultad de disponer de los bienes que la componen.

El parecido radica en que este tipo de usufructuario y de fiduciario tienen facultades de disposición sobre la herencia o parte de ella, dependiendo del alcance del usufructo y de si la sustitución fideicomisaria de residuo es *de eo quod supererit* o *si aliquid supererit*.

La similitud entre ambas figuras es palpable incluso en nuestra jurisprudencia, como se refleja, por ejemplo, en la SAP de Asturias de 5 de octubre de 1.993<sup>568</sup>, cuando recoge que *“bien se trate de un fideicomiso de residuo bien sea un usufructo con facultades de disposición, doña Aurina, en virtud de lo dispuesto en el testamento de su esposo, gozaba de amplias facultades para proceder a la enajenación de los bienes del caudal relicto...”*.

Afirman DÍEZ-PICAZO y GULLÓN<sup>569</sup> que *“es frecuente que el testador asigne un usufructo en su herencia con la facultad de disponer a favor del usufructuario para los casos que prevea (por necesidad, que es el más frecuente), y la nuda propiedad a otra. (...) En el caso descrito, nos encontramos ante una figura muy afín al fideicomiso de residuo. Desde el punto de vista teórico hay diferencias, pues no se dan dos llamamientos sucesivos sino simultáneos, y no existe razón para aplicar el carácter condicional del llamamiento al nudo propietario que la jurisprudencia suele predicar del fideicomiso de residuo. En la práctica, las necesidades que los testadores se proponen cumplir son muy similares en un caso y en otro, por lo que la opción entre ambos modelos de disposiciones depende de su voluntad, a la que habremos de atendernos en caso de duda”*.

---

<sup>568</sup> AC 1993, 2170.

<sup>569</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, cit., pág. 106.

Narra SOLÉ RESINA<sup>570</sup> en la misma línea que *“en el fideicomiso de residuo, desde que muere el causante el dueño de la herencia es el fiduciario y después los bienes pasan a otro dueño, que es el fideicomisario. En cambio, en el usufructo con facultad de disponer, desde la muerte del causante, es dueño de la herencia un único heredero que es el nudo propietario, y el usufructuario tiene un derecho real sobre cosa ajena que le permite disfrutar de una cosa que no es suya, aunque también la facultad de disponer de los bienes que la componen”*.

Lo cierto es que el parecido o proximidad entre ambas figuras, no impide encontrar diferencias importantísimas entre ellas, que son, principalmente, dos:

La primera, que el fiduciario de residuo es propietario, aunque sea *ad tempus*, de los bienes de los que puede disponer (y en atención a esa calidad dominical, aun gravada, tiene más amplias facultades gestoras sobre ellos que el usufructuario), mientras que el usufructuario es sólo titular de un *ius in re aliena*, un derecho real sobre cosa ajena que le permite disfrutar de una cosa que no es suya, aunque también la facultad de disponer de ciertos bienes.

Y la segunda diferencia, es que en el usufructo hay llamamientos y titularidades simultáneas (del titular y del nudo propietario), mientras que en la sustitución fideicomisaria hay un doble llamamiento y titularidades sucesivas.

En los mismos términos se viene manifestando la DGRN desde 1.957, cuando expuso en su Resolución de 8 de febrero<sup>571</sup> a este respecto: *“considerando que no se puede pretender identificar el usufructo con facultad de disposición y el fideicomiso de residuo, cualquiera que sean las analogías que medien entre ambas instituciones, y aunque en la práctica sea difícil su diferenciación, porque en dicho usufructo el titular tiene un ius in re aliena, mientras que al fiduciario corresponde el pleno dominio sobre los bienes, limitado por la prohibición de disponer mortis causa, y además porque el testador, cuando desmembra el derecho en usufructo y nuda propiedad (...)”*.

En estos términos se expresa nuestro Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia anteriormente referida, de 9 de octubre de 1.986<sup>572</sup>, en la cual expone, en su Fundamento de Derecho segundo que *“no se puede identificar el usufructo con facultad*

---

<sup>570</sup> SOLÉ RESINA, *Sustitución fideicomisaria...*, cit. pág. 1.003.

<sup>571</sup> RJ 1957, 543.

<sup>572</sup> RJ 1986, 5335.

*de disposición con el fideicomiso de residuo, cualesquiera que sean sus analogías, porque en dicho usufructo el titular tiene un derecho en la cosa ajena, mientras que al fiduciario corresponde el pleno dominio sobre los bienes, limitado por la prohibición de disponer mortis causa, y además porque cuando el testador desmembra el usufructo y la nuda propiedad no hace un doble llamamiento directo o indirecto respecto del mismo bien, sino que distribuye entre distintas personas de modo inmediato las facultades integrantes del dominio, de suerte que en el llamamiento concurren las dos liberalidades que operan independientemente sin orden ni relación sucesiva, por lo que los nudos propietarios adquieren desde luego un derecho sobre los bienes cuya efectividad se halla aplazada pero no condicionada a la muerte del usufructuario, cuya esencial posición no se desnaturaliza por la cláusula que le atribuye la facultad de enajenar en caso de necesidad, yuxtaponiendo al derecho de usufructo tal necesidad (SSTS de 17 de mayo de 1962, 9 de mayo de 1970 y 14 de octubre de 1971)”.*

O, por último, la Resolución de la DGRN de 2 de diciembre de 1.986<sup>573</sup> cuando expone que “...siempre resultará que en el usufructo el titular tiene un *ius in re aliena*, con su régimen peculiar, mientras que al fiduciario corresponde el pleno dominio sobre los bienes, con la obligación de conservarlos y con sujeción a un régimen distinto del de usufructuario y además porque el testador, cuando desmembra el derecho en usufructo y nuda propiedad, no hace un doble llamamiento sucesivo respecto de la misma cosa, sino que distribuye entre distintas personas, de modo inmediato, las facultades integrantes del derecho...”.

Finalizando con este epígrafe, volvemos a reiterar a modo conclusivo que desde sus orígenes<sup>574</sup>, ha existido una gran similitud entre el usufructo y la sustitución fideicomisaria (y por ende, entre usufructo con facultad de disposición y sustitución fideicomisaria de residuo), tal y como se refleja, entre otros extremos, con la aplicación analógica de las normas del usufructo a la sustitución fideicomisaria. Sin embargo, una vez reconocida su similitud, hemos de destacar que, desde el punto de vista jurídico, la

---

<sup>573</sup> RJ 1987, 1062.

<sup>574</sup> El usufructo y la sustitución fideicomisaria tienen como antecedentes históricos la protección de determinados colectivos de personas. Mientras que con el usufructo el testador protegía las viudas frente a posibles abusos o futuras insolvencias del heredero, mediante la sustitución fideicomisaria conseguían heredar aquellos que no tenían capacidad para hacerlo en la época romana (esclavos, peregrinos, mujeres...), mientras que hoy en día se usa también como medio de protección patrimonial a favor de las personas incapacitadas judicialmente. Y también coinciden ambas figuras en cuanto a su finalidad de evitar vinculaciones perpetuas de la propiedad.

diferencia conceptual y funcional entre ambas figuras es evidente y reconocida pacíficamente tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia.

**CAPÍTULO III: LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ESPECIAL COMO  
MEDIO DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS  
INCAPACITADAS JUDICIALMENTE**

**I.- EL NUEVO ALCANCE OTORGADO POR LA LEY 41/2003, DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, A LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA**

**1.1.- Algunas consideraciones en torno a la LPPD**

En el presente capítulo nos proponemos estudiar una de las reformas más importantes introducidas en nuestro Derecho Sucesorio desde la promulgación del C.c. en 1.889.

Nos referimos a la modificación que la LPPD llevó a cabo en 2.003 en nuestro C.c., con la finalidad de que el testador pueda establecer una sustitución fideicomisaria “especial” sobre el tercio de legítima estricta, a favor de los hijos o descendientes incapacitados judicialmente, modificando para conseguirlo los artículos 782, 808 y 813.2.

En base a la modificación referida, el contenido de dichos artículos, en la actualidad, es el siguiente:

Artículo 782 del C.c.: *“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, sólo podrán hacerse a favor de los descendientes”.*

Artículo 808, párrafo 3º, del C.c.: *“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 C.c.: *“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”.*

Por nuestra parte, a lo largo del presente capítulo, y coincidiendo con la doctrina actual, nos dirigiremos a la institución introducida por la LPPD como sustitución fideicomisaria “especial”.

Pero, ¿por qué esta sustitución fideicomisaria a la que ahora hacemos referencia ha de ser considerada “especial”, frente a la sustitución fideicomisaria ordinaria existente en nuestro Ordenamiento desde la promulgación del C.c.?

Bajo nuestro punto de vista, principalmente por los dos siguientes motivos:

1.- Porque mediante este tipo de sustitución fideicomisaria se introduce, por primera vez, la única posibilidad, por el momento, de gravar el tercio de legítima estricta frente al principio histórico y legalmente asentado de la intangibilidad de la misma.

2.- Por el objeto de la figura, que no es otro que la protección de las personas incapacitadas judicialmente.

Entendemos oportuno dejar expuesto, desde el principio, que coincidimos con DÍAZ ALABART<sup>575</sup>, a la que siguen en su planteamiento una serie de autores como HERRERO OVIEDO<sup>576</sup>, RIVAS MARTÍNEZ<sup>577</sup> o MORENO FLÓREZ<sup>578</sup>, al considerar que la utilización del adjetivo “judicial” junto al término “incapacitación” es redundante y en realidad no aporta nada, ya que toda incapacitación es judicial (en nuestro sistema no hay otra forma de incapacitar a alguien).

Antes de centrarnos en el estudio de la institución especial que da título a este capítulo, entendemos necesario hacer alguna apreciación de carácter general sobre la LPPD, ya que es en dicha norma donde se incardina la modificación de los artículos 782, 808 y 813 del C.c.

---

<sup>575</sup> DÍAZ ALABART, “La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente. (Art. 808 C.c., reformado por la Ley 41/2.003, de 18 de Noviembre)”, en *Revista de Derecho Privado*, Núm. 5-6, Mayo, 2.004, pág. 263.

<sup>576</sup> HERRERO OVIEDO, “Pertinencia de la sustitución fideicomisaria a favor del incapacitado”, en *La protección jurídica del incapacitado, II Congreso Regional*, Serrano García (coordinador), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2.007, págs. 287 y 288.

<sup>577</sup> RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de...*, cit., pág. 1.475.

<sup>578</sup> MORENO FLÓREZ, “La sustitución fideicomisaria a favor del incapacitado”, en *Estudios de Derecho de Sucesiones, Liber Amicorum, T. F. Torres García, Domínguez Luelmo, García Rubio y Herrera Oviedo* (coordinadores), Editorial La Ley, Madrid, 2.014, pág. 1.004, nota al pie 4.

Para nosotros es LEÑA FERNÁNDEZ<sup>579</sup> quien mejor refleja la opinión generalizada de nuestra doctrina sobre la LPPD, cuando expone que *“desde el punto de vista técnico-jurídico, la Ley es muy imperfecta, con demasiadas imprecisiones, lagunas clamorosas y una evidente cortedad de alcance en las soluciones planteadas, lo que ha llevado a SEDA HERMOSÍN a calificarla, como un verdadero parto de los montes. No era así en su primer anteproyecto, pero, sin duda, las sucesivas y numerosas manos (y mentes) puestas sobre ella han conseguido realizar este verdadero estropicio.*

*Bien, pues, a pesar de todo eso, o mejor, por encima de todo eso, creo que hay que saludarla como un avance importante en lo que hace referencia al entorno jurídico del discapacitado, y ello, porque abre espacios de libertad en ese entorno, unos espacios de libertad que permiten una mayor igualdad, sobre todo en el ámbito patrimonial, con los plenamente capaces y que llevamos reclamando, desde hace ya bastantes años, algunos de los que nos venimos ocupando de estas materias. (...) Por eso mi posición, respecto a ella y por encima de sus muchas imperfecciones e insuficiencias formales y materiales, es sumamente favorable: aprecio en ella su apertura a espacios de libertad”.*

Podemos afirmar que las dos notas características que, de forma unánime, nuestros autores otorgan a la LPPD a la hora de definirla son dos: gran importancia dentro de nuestro Ordenamiento jurídico; y deficiente redacción técnico-jurídica dada por el legislador, originaria de lagunas jurídicas en cuanto a la regulación de la institución.

En cuanto a su importancia, GONZÁLEZ PORRAS<sup>580</sup> considera que *“la reforma llevada a cabo por la Ley 41/2.003, de 18 de Noviembre, que lleva el título de Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad(...), es, a mi juicio, una de las más importantes, si no la de mayor calado entre las que han reformado el articulado de nuestro Código civil, y diré que pienso que es así porque afecta de manera directa a los tres pilares fundamentales del ‘Sistema’, que son ‘la persona física’ y además la persona física discapacitada, primer elemento sobre el que se apoya el Derecho civil (recordemos la sabia y luminosa advertencia de GAYO en sus*

---

<sup>579</sup> 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, pág. 183.

<sup>580</sup> GONZÁLEZ PORRAS, “Algunas cuestiones sobresalientes en la reforma del Código Civil sobre la protección de las personas discapacitadas o incapacitadas” en *Personalidad y capacidad jurídicas: 74 contribuciones con motivo del XXV aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba*, Casado Rajón y Gallego Domínguez (coordinadores), Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2.005, págs. 699 y 700.

*Instituciones cuando nos recuerda que ‘Omne ius quo utimur vel ad personas, vel ad res, vela ad acciones pertinet’); ‘La familia’ como dimensión básica de la personalidad y célula fundamental de la sociedad de la que CICERÓN dijo que era ‘principium urbis et quasi seminarium reipublicae’ y el ‘patrimonio’ como factor necesario para su desarrollo”.*

También podemos afirmar que la gran importancia de la LPPD se refleja en las normas que modificó una vez publicada, nada más y nada menos, que el C.c., la LEC y la normativa tributaria que tenga por finalidad la protección de las personas con discapacidad.

Junto a ello, destaca, también, como mérito de gran importancia de la ley, el otorgar carta de naturaleza a las personas con discapacidad, las cuales, hasta antes de la LPPD, no tenían cabida en nuestro Ordenamiento jurídico, ya que no estaban definidas en nuestros textos legales, donde únicamente se reconocía a la persona plenamente capaz y a la persona incapacitada judicialmente.

¿Qué reconocimiento jurídico tenían en el C.c. todas aquellas personas con discapacidad administrativamente reconocida, que no habían pasado por el procedimiento de incapacitación? Ninguno.

De hecho, fue precisamente la LPPD la que, mediante la introducción de una nueva Disposición Adicional, concretamente, la cuarta, que se suma a las tres existentes desde su promulgación en 1.889, consiguió que se hablase de las personas con discapacidad en C.c. español, al recoger que: *“La referencia que a personas con discapacidad se realiza en los arts. 756, 822 y 1.041, 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”.*

Es preciso tener en cuenta que, en España, según el Instituto Nacional de Estadística<sup>581</sup>, existen en la actualidad más de 3,8 millones de personas afectadas por alguna discapacidad (cerca del 10 por ciento de la población), de modo que hablamos de 3,8 millones de hogares españoles que tienen que hacer frente, de muy diversas maneras, a

---

<sup>581</sup> Datos obtenidos del Boletín Informativo de la del Instituto Nacional de Estadística, N° 10/2009, <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=%2Ft15%2Fp418&file=inebase>

la discapacidad que sufre algún miembro del núcleo familiar, debido, entre otras cosas, a la mayor longevidad de la población y a las nuevas formas de discapacidad existentes.

Ningún acto humano, y menos la promulgación de una ley de esta importancia desde el punto de vista patrimonial, es realizado sin que exista una causa o circunstancia que lo motive. En el caso concreto de la LPPD, la circunstancia que podríamos entender fundamental para comprender este especial celo legislativo en aras de la normalización social de este sector de la población, fue sin duda la designación del 2.003 como Año Europeo de las Personas con Discapacidad<sup>582</sup>.

La LPPD suele observarse como ejemplo de la voluntad del legislador español por la protección social de este colectivo de personas. En relación con la voluntad del legislador, hemos de remarcar que, tal y como narra CLAVERÍA GOSÁLBEZ<sup>583</sup>, *“describir la citada voluntas legis significa explicar el contenido y el alcance de la norma y, por ello, su finalidad y su ratio, así como las técnicas de las que se sirve para subvenir a tal finalidad, técnicas que, siendo esencialmente instrumentales, implican o determinan gamas de efectos jurídicos que, junto a la finalidad pretendida, cualifican a la relación en cuestión”*.

Dicho lo cual, y aún reconociendo y alabando la voluntad del legislador del año 2.003, reafirmamos que la LPPD adolece de una deseable concreción en diversos aspectos, los cuales, derivan en una serie de lagunas jurídicas de gran importancia tal y como iremos exponiendo a lo largo del presente capítulo.

Reza la Exposición de Motivos de la ley, que *“hoy constituye una realidad la supervivencia de muchos discapacitados a sus progenitores, debido a la mejora de asistencia sanitaria y a otros factores, y nuevas formas de discapacidad, como las lesiones cerebrales y medulares por accidentes de tráfico, enfermedad de Alzheimer y otras...”*.

Y debido a ello, sigue recogiendo en su Exposición de Motivos, esta Ley tiene por objeto *“regular nuevos mecanismos de protección de las personas con discapacidad, centrados en un aspecto esencial de esta protección, cual es el patrimonial. Efectivamente, uno de los elementos que más repercuten en el bienestar de las personas*

---

<sup>582</sup> Fue declarado así por la Decisión 2.001/1903/CE, de 3 de diciembre.

<sup>583</sup> CLAVERÍA GOSÁLBEZ, “Teoría general de la reserva hereditaria”, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXIII, 1.980, pág. 834.

*con discapacidad es la existencia de medios económicos a su disposición, suficientes para atender las específicas necesidades vitales de los mismos”.*

Lo cierto es que, tal y como afirma GÓMEZ GÁLLIGO<sup>584</sup>, *“el dinero no es la felicidad pero ayuda a ella. Esta afirmación podríamos suscribirla todos los ciudadanos, cualquiera que sea nuestro sexo o nuestra condición social. Sin embargo, es especialmente cierta cuando tenemos alguna discapacidad física o psíquica. Ciertamente que el dinero no lo es todo: los discapacitados necesitan (necesitamos, podríamos decir, pues cualquiera de nosotros puede pertenecer a ese colectivo en cualquier momento) cariño, asistencia, supresión de barreras arquitectónicas, apoyo, comprensión, paciencia... Pero también medios económicos. Sólo así puede hacerse efectivo el principio constitucional de igualdad ante la ley: tratando desigualmente situaciones desiguales”.*

De ahí que el único objetivo de la LPPD sea, como su propio nombre indica, la protección patrimonial de las personas con discapacidad (e incapacitadas, aunque su título no lo refleje, tal y como argumentaremos a continuación).

Una de las principales preocupaciones de los progenitores de las personas con discapacidad, y de las incapacitadas judicialmente, será quién se ocupará de ellos una vez que el responsable de los mismos fallezca.

A este respecto, expone VIVAS TESÓN<sup>585</sup> que *“dicha Ley permite prever y planificar el bienestar económico de las personas con discapacidad, adoptando soluciones de protección patrimonial que, en el futuro, puedan, eficazmente, complementar los ingresos económicos que ellas mismas obtengan por su trabajo o por pensiones públicas de diversa índole y, por consiguiente, permitirle vivir una mejor vida adulta. No es preciso esperar a formularse angustiosamente la pregunta: “¿Qué será de él/ella cuando no pueda hacerme cargo o me muera?”, para iniciar la planificación económica de su etapa adulta, pues este proyecto de futuro puede comenzarse desde la niñez o adolescencia de la persona con discapacidad, contando, incluso, para ello, como tendremos ocasión de ver, con algunas ventajas fiscales”.*

---

<sup>584</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, “La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado”, en *Revista Crítica del Derecho Inmobiliario*, 2.005, núm. 687, enero-febrero, pág. 11.

<sup>585</sup> VIVAS TESÓN, *La protección económica de la discapacidad*, Editorial Bosch, Barcelona, 2.009, pág. 8.

Para ello, la ley entiende objetivo prioritario la regulación del llamado “patrimonio especialmente protegido del discapacitado”, así como al favorecimiento de su constitución y la aportación al mismo de bienes y derechos a título gratuito. Y todo ello porque, en base a la LPPD, el patrimonio protegido está constituido de una masa patrimonial inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad.

En cuanto a las modificaciones que la LPPD introduce en nuestro C.c., destacan las realizadas en materia de autotutela, régimen sucesorio, mandato y contrato de alimentos.

En al ámbito sucesorio, que es el que nos interesa en este estudio al ser el ámbito al que pertenece la sustitución fideicomisaria especial, las novedades aportadas por la LPPD son las siguientes:

1ª.- Se configura como causa de indignidad generadora de incapacidad para suceder abintestato el no haber prestado al causante las atenciones debidas durante su vida, entendiéndose por tales los alimentos regulados por el Título VI del Libro I del C.c., y ello aunque el causahabiente no fuera una de las personas obligadas a prestarlos.

2ª.- Se reforma el artículo 822 del C.c., dando una protección directa a las personas con discapacidad mediante un trato favorable a las donaciones o legados de un derecho de habitación realizado a favor de éstas cuando sean legitimarias y convivan con el donante o testador en la vivienda habitual, si bien con la cautela de que el derecho de habitación legado o donado será intransmisible.

Para PIZARRO MORENO<sup>586</sup>, *“el supuesto de hecho está bien definido en el ya nuevo precepto, que se refiere a la donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, de tal suerte que no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella”*.

Pero si por algo destaca este derecho de habitación que introduce la LPPD a favor de las personas con discapacidad es por su atribución por ministerio de la ley, ya que se recoge en el artículo 822 C.c. que este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la

---

<sup>586</sup> PIZARRO MORENO, “Artículo 523”, en *Código civil comentado*, Volumen I, Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno y Valpuesta Fernández (directores), Editorial Thomson Cívitas, Madrid, 2.011, pág. 2.074.

Ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten.

3ª.- Se reforma el artículo 831 del C.c., con objeto de introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad. De esta forma, se faculta al testador para que, en su testamento, pueda conferir al cónyuge superviviente amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad. Además, estas facultades pueden concedérselas los progenitores, con descendencia común, aunque no estén casados entre sí.

4ª.- Se introduce un nuevo párrafo al artículo 1.041 del C.c., a fin de evitar traer a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes, entendiendo por tales cualquier disposición patrimonial para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad.

5ª.- Hemos decidido indicar, en último lugar, la modificación del Derecho de Sucesiones que realmente nos interesa, que es la facultad concedida al testador para gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta, sólo a favor de hijos o descendientes incapacitados judicialmente. Recoge el epígrafe b), del apartado VII de la Exposición de Motivos de la LPPD, que *“en este caso, a diferencia de otros regulados en la ley, como se aclara a través de una nueva Disposición Adicional del C.c., se exige que concurra la incapacidad judicial del beneficiado, y no la minusvalía de éste en el grado establecido en el artículo 2.2 de la ley”*.

En cuanto a la LEC, el artículo 14 de la LPPD modifica el primer apartado de su artículo 757, extendiendo la legitimación para promover la declaración judicial de incapacidad al presunto incapaz.

Las dos últimas modificaciones que acabamos de exponer tienen como protagonistas a las personas incapacitadas judicialmente, pero en el resto, incluida la figura principal de

la norma (el patrimonio protegido), e, incluso, en su propio título, Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, únicamente aparecen como beneficiarias las personas con discapacidad.

Pero entonces, ¿quiénes son, realmente, los destinatarios de la norma?

O planteado de otra forma, ¿cómo pueden incluirse medidas de protección a favor de las personas incapacitadas judicialmente en una ley cuyo título anuncia, exclusivamente, la protección de las personas con discapacidad? ¿Significa esto que persona con discapacidad y persona incapacitada judicialmente es lo mismo? ¿Tendrá las mismas consecuencias jurídicas el reconocimiento de una discapacidad que del estado civil de incapacitación?

Desgraciadamente, surgen estos interrogantes porque el legislador complica lo que es sencillo, y, en una ley como la presente, la cual debiera distinguirse por la simplicidad y la concreción en todos sus puntos, sitúa de nuevo al jurista ante la obligación de dar respuesta a las cuestiones nucleares que se plantean de la lectura de la norma.

Tal y como expresa MARTÍN MELÉNDEZ<sup>587</sup>, 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.

Lo cierto es que, aunque parezca difícil de comprender tras lo expuesto, la LPPD no introduce ningún supuesto en el que proteja al mismo tiempo a las personas con discapacidad y a las incapacitadas judicialmente. ¿Tiene esto algún sentido?

Debido a este tipo de interrogantes, consideramos necesario realizar una breve delimitación terminológica de los conceptos que, principalmente, aparecerán en este tercer capítulo, que son el de discapacidad (que, hoy en día, engloba los términos de minusvalía y deficiencia) y el de incapacitación, entre otros motivos, porque la institución que centra el estudio del presente trabajo puede proteger única y exclusivamente a las personas que hayan sido incapacitadas judicialmente, las cuales no deben ser confundidas, bajo ningún concepto, con las personas con discapacidad.

---

<sup>587</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, Editorial Dykinson, Madrid, 2.010, págs. 54 y 55.

## 1.2.- Breve aclaración terminológica

Actualmente, en nuestra sociedad existe una gran confusión terminológica respecto al mundo de la discapacidad, ya que se consideran “casi idénticos” una serie de conceptos que, en realidad, conllevan efectos jurídicos totalmente diversos, como pueden ser los términos de “incapacidad” y “discapacidad”.

Como muestra, un botón: la LPPD. Mediante esta norma se cumple, una vez más, el axioma, tantas veces motivos de reproche por la ciudadanía, de que nuestro tan querido Derecho se aleja de la sociedad, y de que las normas resultan incomprensibles para el común de la población.

Tal y como acabamos de exponer, la redacción de la LPPD conlleva a la equiparación entre personas con discapacidad e incapacitadas, o, como mínimo, a la confusión terminológica de ambos conceptos, cuando lo cierto es que nada tienen que ver las consecuencias jurídicas derivadas de un reconocimiento administrativo de discapacidad con las que conlleva una sentencia de incapacitación.

Por ejemplo, una persona ciega, o con una discapacidad física reconocida administrativamente de un 90%, no tiene por qué ver afectada su capacidad de obrar. Sin embargo, una persona cuya enfermedad psíquica<sup>588</sup> haya conllevado su incapacitación se verá privada total o parcialmente (dependiendo si se le nombró un tutor o un curador para su cuidado y apoyo) de su capacidad de obrar.

Del mismo modo, según hablemos de discapacidad o de incapacitación, resulta evidente que las políticas legislativas y socio-sanitarias serán diferentes en su regulación y alcance para una u otra situación. Tratándose de personas con discapacidad, en general, cobran más importancia las políticas sociales de integración y eliminación de barreras arquitectónicas que tengan como finalidad adaptar el entorno para una mejor integración, mientras que tratándose de personas incapacitadas, las políticas legislativas estarán más encaminadas a su protección jurídico-patrimonial<sup>589</sup>.

---

<sup>588</sup> En la actualidad, el tipo de discapacidad que puede conllevar a la incapacitación de una persona será exclusivamente la psíquica, nunca la física, tal y como expondremos en otro epígrafe del presente Capítulo.

<sup>589</sup> PEREÑA VICENTE, *Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad. Las soluciones del Derecho Civil*, Editorial Dykinson, Madrid, 2.006, pág. 33.

Por todo ello, se ha de diferenciar, claramente, entre personas con discapacidad y personas incapacitadas judicialmente, ya que, como escribe LUCINI NICÁS<sup>590</sup> “no cabe así en modo alguno confundir incapacidad con discapacidad, algo que resulta obvio al lector mínimamente formado jurídicamente. Un discapacitado no tiene por qué ser incapaz, ni un incapaz tiene por qué reunir la condición de discapacitado, al menos en los términos del artículo 2 de la ley”.

A la hora de estudiar la evolución de dichos términos debemos saber que en 1.980, la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) aprobó ya la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM)<sup>591</sup>.

Trece años después, en 1.993, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó mediante la Resolución 48/96, de 20 de diciembre, las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. En dichas Normas se definía la discapacidad como “un gran número de diferentes limitaciones funcionales que se registran en las poblaciones de todos los países del mundo. La discapacidad puede revestir la forma de una deficiencia física, intelectual o sensorial, una dolencia que requiera atención médica, o una enfermedad mental. Tales deficiencias, dolencias o enfermedades pueden ser de carácter permanente o transitorio”.

La evolución social y legislativa sufrida a lo largo de todos estos años dio lugar a una nueva clasificación por parte de la OMS, adoptada en la 54ª Asamblea Mundial de la Salud, celebrada en Ginebra en mayo de 2.001, la denominada Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF)<sup>592</sup>, aceptada por 191 países como patrón internacional de descripción y mediación de la salud y la discapacidad, prescindiéndose en ella de los términos “deficiencia” y “minusvalía” y acogiendo el genérico de “discapacidad”, el cual engloba tanto las deficiencias en las funciones y estructuras corporales, como las limitaciones en la capacidad de llevar a cabo actividades, y las restricciones en la participación social del ser humano (minusvalías)<sup>593</sup>.

---

<sup>590</sup> LUCINI NICÁS, “La Ley 41/2003, de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad”, en *Actualidad Civil*, N° 14, julio 2.004, pág. 1.624.

<sup>591</sup> <http://usuarios.discapnet.es/disweb2000/CIDDM/ciddm.htm>

<sup>592</sup> [http://www.deis.cl/?page\\_id=3518](http://www.deis.cl/?page_id=3518).

<sup>593</sup> RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, “La reforma del Derecho de sucesiones con motivo de la protección de las personas con discapacidad”, en *Actualidad Civil*, N°. 4, 2.004, pág. 359.

En la actualidad, en nuestro Ordenamiento jurídico se encuentra superado el uso de términos peyorativos que se han venido usando a lo largo del tiempo para referirse a dicho colectivo de personas, como ocurría con los términos “anormales”, “subnormales”, “deficientes mentales” o “minusválidos” (menos válidos).

Por ejemplo, hoy en día a nadie se le ocurría usar el término “imbécil” para dirigirse a una persona con discapacidad o incapacitada, término que era completamente normal a mediados del siglo XX, como lo demuestra el artículo publicado por el profesor DE CASTRO<sup>594</sup>, en 1.948, el cual llevaba por título *“Incapacitación del imbécil”*.

De hecho, gracias a la evolución terminológica que ha ido experimentando nuestro legislador, y, más en concreto, a lo estipulado en la Disposición Adicional Octava<sup>595</sup> de la Ley 39/2.006, de 14 de Diciembre de 2.006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia<sup>596</sup>, cualquier referencia contenida en los textos normativos a los “minusválidos” y a las “*personas con minusvalía*”, se entiende realizada a “*personas con discapacidad*”.

En la misma línea (la de reforzar la sustitución del término “minusválido” por el de “persona con discapacidad”), el Gobierno Español ha aprobado la Ley Orgánica 1/2.015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, que recoge en el apartado XXVII de su Preámbulo que *“el anterior Código Penal se refiere impropiamente a ‘minusvalía’, una terminología ya superada en nuestro Ordenamiento jurídico. (...) Con la reforma se decide incorporar un apartado para que todas las referencias hechas en el Código Penal al término ‘minusvalía’ se sustituyan por el término ‘discapacidad’”*.

---

<sup>594</sup> DE CASTRO, “Incapacitación del imbécil”, en *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo 1948, I-1, págs. 291 y ss.

<sup>595</sup> Disposición que recoge que: *“Las referencias que en los textos normativos se efectúan a los ‘minusválidos’ y a las ‘personas con minusvalías’ se entenderán realizadas a ‘personas con discapacidad’.* A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas utilizarán los términos ‘persona con discapacidad’ o ‘personas con discapacidad’ para denominarlas”.

<sup>596</sup> BOE núm. 299, de 15 de diciembre de 2.006.

Pero una vez expuesto lo anterior, ¿cómo es posible que nuestra Carta Magna siga usando en su artículo 49<sup>597</sup> el término “*disminuidos*” para referirse al colectivo de “*personas con discapacidad*”?

De hecho, el 3 de diciembre de 2.005, coincidiendo con el Día Internacional de las personas con discapacidad, el entonces Presidente del Gobierno, Don José Luis Rodríguez Zapatero<sup>598</sup> señaló: “*no podemos permitir que en 2.005 nuestra Constitución defina a las personas con discapacidad como disminuidos. La Constitución, que es ante todo nuestra carta de derechos, se refiere a las personas con discapacidad de una manera inasumible, por lo que propondré a todas las fuerzas políticas que se modifique el artículo 49 para borrar la palabra disminuidos y cambiarla por discapacitados*”.

Justo nueve años después, concretamente, el 3 de diciembre de 2.014, coincidiendo nuevamente con el Día Internacional de las personas con discapacidad, es el Secretario General del Partido Socialista, Don Pedro Sánchez<sup>599</sup>, esta vez desde la oposición, quien solicita la “*modificación del artículo 49 para eliminar los términos de ‘disminuidos psíquicos, físicos o sensoriales’, que suponen una discriminación hacia estos colectivos, y cambiarlos por la expresión ‘personas con discapacidad’*”.

Aun siendo, en nuestra opinión, un despropósito la terminología empleada por nuestra Constitución a la hora de dirigirse a las personas con discapacidad, mucho nos tememos que ésta seguirá empleándose durante muchos años, por no ser una preocupación real de nuestros políticos.

En cuanto al término “*incapacidad*”, en el ámbito civil, queda establecido en los artículos 200 y 201 del C.c., cuando establecen que “*son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*” y “*los menores de edad podrán ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la*

---

<sup>597</sup> El artículo 49 de la Constitución Española establece 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*”.

<sup>598</sup> Informe “El tiempo de los Derechos” Núm. 1, elaborado por el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, y que lleva por título: “El impacto general de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el Ordenamiento jurídico español”, marzo 2.009, pág. 9.

<sup>599</sup> <http://www.servimedia.es/noticias/detalle.aspx?s=23&n=412425>

*misma persistirá después de la mayoría de edad*”. Como es sabido, los artículos 202 a 214 quedaron vacíos de contenido al ser, con acierto, derogados por el apartado 2.1º de la Disposición Derogatoria Única de la LEC.

Una vez expuesto el alcance de los términos “procedimiento de incapacitación” y “persona incapacitada” entendemos necesario anunciar desde este momento, que la sustitución de dichos términos en nuestro C.c. es tan sólo cuestión de tiempo, ya que así viene sucediendo en las últimas leyes promulgadas en la que aparecen, como son la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil<sup>600</sup>; la Ley Orgánica 2015, de 30 de marzo<sup>601</sup>, mediante la cual se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal (en adelante, C.P.); o, por último, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria<sup>602</sup>. En cambio, por qué términos serán sustituidos con exactitud los de procedimiento de incapacitación y persona incapacitada no está tan claro, tal y como razonaremos en uno de los siguientes epígrafes.

En el presente trabajo, siempre que hagamos referencia a personas incapacitadas judicialmente estaremos haciendo referencia a personas sobre las que ha recaído sentencia firme de incapacitación, mientras que cuando nos dirijamos a las personas con discapacidad, nos estaremos refiriendo a aquéllas personas que hayan obtenido la declaración administrativa sobre su discapacidad.

Para fijar el significado del término “*discapacidad*”, tomaremos como base la definición que nos proporciona la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de Diciembre de 2006<sup>603</sup> (en adelante, la Convención), concretamente, en su Preámbulo, letra e), donde se recoge que: “*la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*”.

La Convención continúa definiendo a las personas con discapacidad en su artículo 1, párrafo 2º, al exponer que “*las personas con discapacidad incluyen a aquéllas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al*

---

<sup>600</sup> Publicada en el BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011.

<sup>601</sup> Publicada en el BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

<sup>602</sup> Publicada en el BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015.

<sup>603</sup> Publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 96, de 21 de abril de 2008.

*interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.*

Concluimos el presente epígrafe reconociendo que personas con discapacidad y personas incapacitadas judicialmente son dos términos diferentes, aunque no excluyentes. Es decir, que aunque una persona con su discapacidad administrativa reconocida nada tiene que ver con otra incapacitada judicialmente, es perfectamente posible que existan personas con discapacidad que al mismo tiempo hayan sido incapacitadas judicialmente, o viceversa.

### **1.3.- Verdadero alcance de la LPPD**

Como acabamos de exponer, aunque la gran mayoría de las medidas introducidas por la LPPD protegen a las personas con discapacidad, la sustitución fideicomisaria especial, en cambio, se dirige, exclusivamente, a las personas incapacitadas judicialmente.

Pero la cuestión que nos interesa es: ¿podrán beneficiarse las personas incapacitadas judicialmente de las medidas de protección que introduce la LPPD a favor de las personas con discapacidad y viceversa?

Vayamos por partes.

#### **1.3.1.- Las personas incapacitadas judicialmente como posibles beneficiarias de todas las medidas de protección introducidas por la LPPD**

En nuestra opinión, no tendría ningún sentido que las personas incapacitadas judicialmente no puedan beneficiarse de las medidas de protección patrimonial que la LPPD, en su deficiente regulación, establece para las personas con discapacidad.

Y a tal conclusión llegamos por diversos motivos:

1.- Para que una persona sea incapacitada judicialmente tiene que padecer una enfermedad física o mental persistente que le impida gobernarse por sí misma. En nuestra opinión, este tipo de enfermedad conllevará siempre el grado de discapacidad exigido por la LPPD para ser considerada persona con discapacidad, es decir, una

discapacidad física o sensorial igual o superior al 65%, o bien psíquica igual o superior al 33%, lo cual, equipararía a las personas incapacitadas con las personas con discapacidad, como posibles beneficiarios de las normas introducidas por la LPPD.

En este sentido, recoge PÉREZ HEREZA<sup>604</sup> que *“aunque no está expresado legalmente parece existir acuerdo en que todo incapacitado judicialmente aunque en la resolución judicial no exista declaración expresa al respecto, puede calificarse asimismo como discapacitado (al contrario puede haber discapacitados que pueden no ser incapacitados)”*.

2.- La literalidad de la propia LPPD es otro de los motivos que nos hacen apostar por la equiparación entre personas con discapacidad e incapacitadas judicialmente como beneficiarias de las medidas de protección introducidas por dicha norma, ya que establece en su artículo 2.3<sup>605</sup> que el grado de discapacidad de una persona se podrá acreditar bien mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente, o bien, a través de una resolución judicial firme.

Pero, ¿a qué resolución judicial firme se refiere?

Entendemos que a la Sentencia judicial de incapacitación, asimilándose, entonces, ésta con la resolución administrativa que acredita el grado de discapacidad, lo cual supondría igualmente la aplicación a favor de las personas incapacitadas de todas las medidas protectoras que introduce la LPPD a favor de las personas con discapacidad.

Lo cierto es que el Real Decreto 1.971/1.999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad<sup>606</sup>, regula no sólo el procedimiento que es preciso seguir para que se reconozca el grado de discapacidad de una persona, sino también los órganos competentes para su reconocimiento, y establece que las resoluciones en las que se reconozca, o no, el grado

---

<sup>604</sup> PÉREZ HEREZA, “Sucesión con discapacitados: una visión práctica”, en *Conferencias del curso académico 2.010/11, Academia Sevillana del Notariado*, Tomo XXII, Editorial Edersa, Sevilla, 2.011, pág. 55.

<sup>605</sup> Establece el artículo 2.3 de la LPPD que *“personas con discapacidad son las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al treinta y tres por ciento o por una minusvalía física o sensorial igual o superior al sesenta y cinco por ciento, grado de minusvalía que se deberá acreditar, en uno u otro caso, mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme”*.

<sup>606</sup> El citado Real Decreto vio modificada la última palabra de su título, “minusvalía”, introduciéndose la que hoy aparece, “discapacidad”, mediante el Real Decreto 1.856/2.009, de 4 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

de discapacidad podrán ser recurridas, primero en vía administrativa, y, posteriormente, en vía judicial, si bien la jurisdicción competente para recurrir dicha resolución es la social<sup>607</sup>, a diferencia de la jurisdicción a la que se acude para incapacitar a una persona, que es la civil.

Y es, precisamente, ahí, en la falta de concreción del legislador de la LPPD a la hora de establecer el orden jurisdiccional social como única vía judicial posible para recurrir la acreditación, o no, de la discapacidad de una persona, donde nos apoyamos para razonar que mediante la redacción del artículo 2.3 de la LPPD, el legislador realmente permite acreditar la discapacidad a través de la sentencia de incapacitación (resolución judicial civil).

3.- Aunque, en nuestra opinión, el motivo más contundente para equiparar la persona incapacitada judicialmente con una persona con discapacidad frente a la LPPD es que así se ha producido ya en alguna norma, como sucede en la Ley 35/2.006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre las Rentas de las Personas Físicas, donde se recoge, en un primer momento en su artículo 53, que *“se considera discapacitados a aquellas personas que padezcan un grado de minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento y psíquica igual o superior al 33 por ciento, así como personas que tengan una incapacidad declarada judicialmente con independencia de su grado (la negrita es nuestra)”*; para acabar exponiendo, en la misma línea, en su artículo 60.3, que considera *“acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento cuando se trate de personas cuya incapacidad sea declarada judicialmente aunque no alcance dicho grado”*.

Por tanto, si se equipara a la persona incapacitada judicialmente con la persona con discapacidad en cuanto a las posibles ventajas que ofrece la Ley del Impuesto sobre las Rentas de las Personas Físicas, ¿cómo no han de entenderse equiparadas en la LPPD, en la que se contienen normas de protección patrimonial mucho más importantes para las personas con discapacidad-incapacitadas?

---

<sup>607</sup> Establece el art. 12 del RD. 1.971/1.999: *“contra las resoluciones definitivas que sobre reconocimiento de grado de minusvalía se dicten por los organismos competentes, los interesados podrán interponer reclamación previa a la vía jurisdiccional social de conformidad con lo establecido en el art. 71 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1.995, de 7 de abril”*.

4.- El último de los motivos que esgrimimos para apoyar nuestra postura es que, en la misma línea que venimos argumentando, se manifiestan la mayoría de autores, como, por ejemplo, VIVAS TESÓN<sup>608</sup> cuando razona que *“otra opción podría ser considerar innecesario que la persona incapacitada judicialmente deba tramitar la obtención de su certificado de discapacidad al reconocérsele ésta automáticamente. (...) Así las cosas, creemos que el legislador debería recoger expresamente, a los efectos del Derecho civil, la equiparación entre incapacitación judicial y discapacidad”*; o DÍAZ ALABART<sup>609</sup>, al indicar que *“no presenta ningún problema que a los incapacitados judicialmente se les considere ‘discapacitados’ en el sentido de la LPPD (...). A pesar de dicho silencio, como ya hemos señalado con anterioridad, todo incapacitado es un discapacitado, (pero no viceversa), por lo que podrá ser beneficiario de la protección patrimonial que otorga esta Ley”*; también NÚÑEZ NÚÑEZ<sup>610</sup>, cuando considera que *“en la práctica, todos los judicialmente incapacitados son discapacitados psíquicos, de manera que muchas veces las dos situaciones van juntas, si bien la Ley 41/2.003 contiene normas que se aplican únicamente a uno de los dos supuestos”*; así como MARTÍN MELÉNDEZ, que indica: *“siendo en nuestra opinión difícil que a una persona incapacitada se le niegue la consideración de discapacitada, dado que las causas que impiden el autogobierno a una persona hasta el punto de justificar su incapacitación, deben ser más que suficientes para considerarla discapacitada”*; o SERRANO GARCÍA<sup>611</sup>, cuando establece que *“prácticamente todos los judicialmente incapacitados son discapacitados de manera que muchas veces las dos afectaciones van juntas, y no se entiende bien porque la ley las separa habiendo normas que se aplican a una de ellas y no a la otra”*; o, por último, la autora GIL MEMBRADO<sup>612</sup>, que afirma: *“...qué sucede con el incapacitado judicialmente que no ha sido declarado*

---

<sup>608</sup> VIVAS TESÓN, *La dignidad de las personas con discapacidad. Logros y retos jurídicos*, Difusión Jurídica, Madrid, 2.010, pág. 55.

<sup>609</sup> DÍAZ ALABART, *La protección jurídica de las personas con discapacidad: (estudios de la Ley 41/2.003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)*, Editorial Ibermutuamur, Madrid, 2.004, pág. 15.

<sup>610</sup> NÚÑEZ NÚÑEZ, “Diversos aspectos sucesorios introducidos por la Ley 41/2.003 de 18 de Noviembre, a favor de las personas discapacitadas”, en *La Encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, José Pérez de Vargas Muñoz (director) y Montserrat Pereña Vicente (coordinadora), La Ley, Madrid, 2.011, pág. 963.

<sup>611</sup> SERRANO GARCÍA, “Discapacidad e Incapacidad en la Ley 41/2.003, de 18 de noviembre”, *Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*, Universidad de Valladolid, 2.004, pág. 112.

<sup>612</sup> GIL MEMBRADO, “Otros mecanismos de protección sucesoria en la discapacidad y/o incapacitación en atención al cuidado de su patrimonio”, en *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, Tomo I, Lledó Yagüe, Ferrer Vanrell y Torres Lana (directores), Editorial Dykinson, Madrid, 2.014, pág. 107.

*discapacitado por la correspondiente resolución administrativa. Consideramos que de facto la incapacidad judicialmente declarada conlleva en todo caso, aunque no de modo automático, una situación que coloca al incapaz en una situación de discapacitado si no de derecho, sí de hecho. Consideramos que no cabe sino extender los beneficios que la Ley prevé para el discapacitado al incapaz judicialmente declarado. No puede ser de otro modo si atendemos a que en el espíritu de la Ley está proteger a este colectivo desfavorecido (...). En definitiva, no sería justo y, por lo tanto, sería contrario al espíritu de la Ley que las ventajas contempladas por ésta no se extendieran a las personas en las que claramente, por el hecho de haber sido incapacitadas, concurren causas sobradas para incurrir en los grados de discapacidad establecidos por la Ley 41/2.003, aunque no hayan sido declaradas como tales”.*

También la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 21 de marzo de 2.005<sup>613</sup> equipara ambas figuras al establecer que *“sea cual sea el régimen peculiar del patrimonio de éste, puesto que, en suma, estaríamos discriminando desfavorablemente a los discapacitados o incapacitados cuyos guardadores, tutores o ejercientes de la curatela no hubieran adoptado las medidas precisas para la constitución del patrimonio separado a que se refiere la Ley 41/2.003, sin que en nada difiera la naturaleza y fundamento de la venta de bienes de personas discapacitadas de la de los bienes de personas judicialmente incapacitadas, de modo que, si para aquéllas es beneficioso el que se prescinda de la pública subasta en la enajenación de sus bienes, también habrá de serlo para éstas”.*

En nuestra opinión, por todos los argumentos esgrimidos hasta el momento, consideramos que la falta de equiparación entre incapacitados y personas con discapacidad como beneficiarios de las normas de protección introducidas en la LPPD, podría derivar en la incongruencia de los supuestos siguientes:

a.- Que los incapacitados que no tengan reconocido administrativamente su grado de discapacidad no puedan beneficiarse de la constitución a su favor de un patrimonio protegido que, en cambio, sí se puede constituir a favor de las personas con discapacidad<sup>614</sup> (arts. del 1 al 8 de la propia LPPD). ¿Tendría esto algún sentido?

---

<sup>613</sup> JUR 2005, 144287.

<sup>614</sup> Estipula, en primer lugar, la Exposición de Motivos de la LPPD, en su apartado III que: *“esta constitución del patrimonio corresponde a la propia persona con discapacidad que vaya a ser*

b.- La LPPD incluye en nuestro Ordenamiento una nueva causa de indignidad sucesoria, mediante la cual se impide que puedan heredar a una persona con discapacidad los parientes que no le hayan prestado las atenciones debidas durante su vida, tal y como recoge en su artículo 10<sup>615</sup>.

Pero, entonces, ¿qué ocurriría cuando la persona que necesite las atenciones durante su vida sea una persona incapacitada judicialmente? ¿Podrían heredar a ésta los parientes que le hayan negado en vida las atenciones que necesitase?

Por pura lógica, entendemos que no. Y es que, aunque es cierto que el artículo 10 de la LPPD únicamente contempla como posibles beneficiarios a las personas con discapacidad, no ocurre lo mismo en su Exposición de Motivos, donde en su apartado VII establece que “*se configura como causa de indignidad generadora de incapacidad para suceder abintestato el no haber prestado al causante las atenciones debidas durante su vida...*”. Por tanto, no especifica que se trate de una persona con discapacidad, sino que habla del causante, por lo que podría entenderse que lo fuera bien la persona con discapacidad o bien la persona incapacitada judicialmente.

c.- Igualmente, tras la publicación de la LPPD no quedarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad (art.1.041.2º C.c.). Pero, ¿qué pasará con los gastos realizados a favor del hijo incapacitado judicialmente por sus padres y ascendientes? ¿Tendría sentido que éstos, en cambio, sí quedasen sujetos a colación?

d.- Como último ejemplo de lo absurdo que puede suponer la falta de equiparación de las personas con discapacidad e incapacitadas judicialmente como beneficiarios en cuanto a las medidas de protección patrimonial introducidas por la LPPD, nos referiremos a la donación o el legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, sin que

---

*beneficiaria del mismo o, en caso de que ésta no tenga capacidad de obrar suficiente, a sus padres, tutores o curadores de acuerdo con los mecanismos generales de sustitución de la capacidad de obrar regulados por nuestro Ordenamiento jurídico...*”. En el mismo sentido, recoge el artículo 3.1.b) que “*podrán constituir un patrimonio protegido: Sus padres, tutores o curadores cuando la persona con discapacidad no tenga capacidad de obrar suficiente*”.

Entendemos que, al nombrar a los tutores o curadores de las personas que no tengan capacidad de obrar suficiente, se está refiriendo a personas que hayan sido judicialmente incapacitadas, ya que es ésta la única forma legal de que se nombre un tutor o curador a favor de la persona que lo necesita.

<sup>615</sup> Mientras que en el artículo 10.1 de la LPPD sí se concretiza que “*tratándose de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieran prestado...*”.

se compute para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella. Este derecho de habitación se atribuirá, por ministerio de la ley, en las mismas condiciones al legitimario con discapacidad que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten (art. 822 C.c.).

De ahí que nos planteemos, ¿tendría alguna lógica que el derecho al que se refieren los dos párrafos anteriores no se pueda aplicar igualmente a las personas incapacitadas judicialmente?

### **1.3.2.- Imposibilidad de establecer la sustitución fideicomisaria especial a favor de las personas con discapacidad**

En este momento del trabajo toca plantearnos: y la sustitución fideicomisaria especial que en base a la LPPD, el testador podrá establecer únicamente a favor del hijo o descendiente judicialmente incapacitado, ¿podrá constituirla, igualmente, a favor de los hijos o descendientes que tengan reconocido el grado de discapacidad que exige la ley para ser beneficiarios de sus medidas de protección patrimonial?

Al interrogante formulado consideramos que existe sólo una respuesta posible: no.

El contenido de la ley es muy tajante al respecto, ya que contempla, como únicos beneficiarios, los hijos o descendientes judicialmente incapacitados, lo cual nos lleva a entender que las personas sobre las que no haya recaído sentencia de incapacitación, ya sea parcial (con nombramiento de curador), o total (con nombramiento de tutor o, en su caso, patria potestad prorrogada o rehabilitada), no podrán ser jamás beneficiarias de la sustitución fideicomisaria especial, con independencia de que ostenten o no el grado de discapacidad exigido en la LPPD para poder ser beneficiario del resto de medidas de protección introducidas por la norma.

En la misma línea, se posicionan autores como RUIZ-RICO RUIZ MORÓN<sup>616</sup>, quien entiende que *“mientras que todo incapacitado va a ser persona con discapacidad, no se*

---

<sup>616</sup> RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, *Op.cit.* pág. 359.

*puede hacer, sin embargo, la afirmación inversa”;* o DÍAZ ALABART<sup>617</sup>, cuando argumenta: *“es más, de la Exposición de Motivos de esta norma parece deducirse que el concepto de discapacitado pretende dejarse al margen de la incapacitación, como si ambas regulaciones transcurriesen absolutamente paralelas, lo cual es de todo punto imposible, puesto que los incapaces desde el punto de vista jurídico necesariamente deben ser considerados discapacitados, si bien todos los discapacitados no siempre serán incapaces, porque aquél es un concepto más amplio que éste”;* o, también, NANCLARES VALLE<sup>618</sup>, al exponer que *“la exclusión de los discapacitados no incapacitados del círculo de posibles fiduciarios de la sustitución fideicomisaria es clara, especialmente si tenemos en cuenta que la Ley 41/2.003 añade al Código civil una Disposición Adicional Cuarta en la que se precisa que la referencia a las personas con discapacidad hecha en los artículos 756, 822 y 1.041 se entenderá hecha al concepto definido por la citada ley en su artículo 2.2”.*

Como argumento a favor de que la sustitución fideicomisaria especial únicamente podrá establecerse a favor de personas incapacitadas judicialmente y no a favor de personas con discapacidad, podemos remarcar cómo, en el borrador de la Fundación Aequitas<sup>619</sup> previo a la LPPD, el Notariado Español apoyaba la posibilidad de que la figura especial pudiese establecerse a favor de todas las personas con discapacidad, a lo cual se opuso el legislador al fijar finalmente como únicos beneficiarios a aquéllos que cumplan con los requisitos del artículo 200 del C.c., y a favor de los cuales el juez haya dictado una sentencia de incapacitación, por lo que no existen dudas en cuanto a la imposibilidad de establecer como fiduciario de la figura que venimos estudiando a la persona con discapacidad.

¿El motivo por el que el legislador ha querido limitar la sustitución fideicomisaria especial, exclusivamente, a favor de los incapacitados judicialmente? Como era de esperar, éste, en la redacción dada a la LPPD, nada argumentó al respecto y, tal vez por ello, desde el punto de vista doctrinal, se pueden encontrar diferentes posicionamientos.

---

<sup>617</sup> DÍAZ ALABART, “Principios de protección jurídica del discapacitado”, en *Protección Jurídica y patrimonial de los discapacitados*, Bello Janeiro (coordinador), Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2.004, pág. 99.

<sup>618</sup> NANCLARES VALLE, “La sustitución fideicomisaria a favor de persona incapacitada”, en *Las nuevas herramientas de protección jurídico-privadas de las personas dependientes. Un estudio comparado*, Muñoz Fernández (coordinador), Editorial Aranzadi, Navarra, 2.014, pág. 132.

<sup>619</sup> Borrador de 18 de noviembre de 2.002.

Así, algunos autores consideran la limitación del legislador de la figura especial a favor de los incapacitados judicialmente 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 especial una medida del legislador del 2.003 para estimular o incentivar la incapacitación judicial.

ESPEJO LERDO DE TEJADA<sup>620</sup> es uno de estos autores, ya que considera que *“teniendo en cuenta que la pérdida de autogobierno podría ser notoria y aceptada por todos, o constar de otro modo diferente, habría que concluir que la norma persigue la finalidad de ‘fomentar la incapacitación’”*.

Por su parte, RUIZ-RICO RUIZ MORÓN<sup>621</sup>, expone que *“seguramente, puesto que es una medida excepcional, el legislador haya querido introducir la posibilidad de gravar la legítima sólo cuando quede garantizado que el favorecido es persona que no puede gobernarse por sí misma. Por otro lado, cabe pensar también que ésta es una forma de fomentar la incapacitación; no hay que olvidar que es una medida de protección”*.

O también RIPOLL SOLER<sup>622</sup>, quien afirma: *“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 éstos”*.

En nuestra opinión, aunque el fomento de la incapacitación podría ser perfectamente el motivo por el que el legislador limitó a favor de los incapacitados judicialmente la sustitución fideicomisaria especial introducida por la LPPD, consideramos que más que éste, la verdadera razón fue la que explica MARTÍN MELÉNDEZ<sup>623</sup> cuando argumenta que *“el motivo por el que la Ley 41/2.003 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*

---

<sup>620</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, “Artículo 808”, en *Código civil comentado*, Volumen II, Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno y Valpuesta Fernández (directores), Editorial Thomson Cívitas, Madrid, 2.011, pág. 795.

<sup>621</sup> RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, *Op. cit.*, pág. 363, nota 7.

<sup>622</sup> RIPOLL SOLER, “La sustitución fideicomisaria del nuevo artículo 808 C.C.: Fideicomiso de Residuo”, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, Editorial Centro de Estudios, Nº 114, 2.005, pág. 826.

<sup>623</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, *Op. cit.*, págs. 63 y 64.

*los sujetos que podrían resultar favorecidos (fiduciarios) por los nuevos arts. 782, 808 y 813 C.c., 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 aquélla que, simplemente, ha sido declarada discapacitada”.*

En la misma línea, PEREÑA VICENTE<sup>624</sup> cuenta que “*no hay que olvidar que el artículo 813 del CC 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”.*

También GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ<sup>625</sup> considera 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”.*

Nosotros nos adherimos a dicha postura, ya que, de poder beneficiarse cualquier persona con discapacidad de esta medida de protección que introduce la LPPD a favor de los incapacitados judicialmente, estaríamos admitiendo la posibilidad de que personas con alguna discapacidad física o sensorial del 65% (por ejemplo, una persona con una movilidad reducida, o una persona con una discapacidad visual o auditiva de dicho porcentaje, etc.) o psíquica del 33% (como puede ser, por ejemplo, una persona que necesite simplemente el apoyo de un curador para medicarse), podría verse favorecida por una sustitución fideicomisaria sobre todo el tercio de legítima estricta, lo cual, ateniéndonos a las consecuencias jurídicas que dicha institución depara (privar al resto de herederos forzosos de su legítima estricta, como mínimo, temporalmente),

---

<sup>624</sup> PEREÑA VICENTE, “El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado”, en *Actualidad Civil*, Nº 15, Septiembre 2.004, pág. 1763.

<sup>625</sup> GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, “La sustitución fideicomisaria a favor de persona con discapacidad”, Conferencia pronunciada el 22 de noviembre de 2.013, 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.

entendemos no procede en los supuestos de personas con discapacidad, sino única y exclusivamente, en aquellas personas que sufran una enfermedad tan importante, ya sea física o mental, que conlleve su incapacitación civil.

#### **1.4.- Nueva confusión terminológica**

Tras lo expuesto en el apartado anterior, llama la atención el error o imprecisión en el que incurren algunos autores, al convertir a las personas con discapacidad en posibles beneficiarios de la sustitución fideicomisaria especial introducida por la LPPD.

Si nos fijamos en los autores que incurren en dicha imprecisión, rápidamente llegamos a la conclusión de que nos encontramos ante un *lapsus calami* de los mismos, pero lo cierto es que dicho error puede llevar a una gran confusión en los lectores, no siempre, sobre todo en esta materia, operadores jurídicos.

Por ejemplo, GÓMEZ GÁLLIGO redacta un Estudio<sup>626</sup> y un capítulo de Libro<sup>627</sup> sobre el tema con el siguiente título: “*La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor de los discapacitados*”. A continuación, en el contenido de los trabajos sigue manifestando<sup>628</sup>: “*esta reforma permite que los padres o abuelos puedan dejar a su hijo o nieto discapacitado la totalidad de la herencia (...). La regulación legal a favor de esta especial sustitución fideicomisaria a favor de los discapacitados está recogida...*”; y en otro apartado comenta<sup>629</sup>: “*no cabe confundir los bienes y derechos adjudicados al hijo o descendiente judicialmente discapacitado en concepto de fiduciario...*”.

Igualmente, una de las mayores especialistas en la materia, como es DÍAZ ALABART<sup>630</sup>, titula uno de sus varios artículos-capítulos dedicados al tema como: “*El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: Fideicomiso, Exención de colación y Derecho de Habitación*”, para acto seguido denominar el punto II del Sumario como: “*La sustitución fideicomisaria a favor del descendiente discapacitado*”.

---

<sup>626</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, *Op. cit.*, pág. 11.

<sup>627</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados*, de la Escola Galega de Administración Pública, Bello Janeiro (coordinador), Editorial EGAP, Compostela, 2.004, págs. 143 y ss.

<sup>628</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, en ambas obras se refiere al “incapacitado judicialmente” como discapacitado hasta en nueve ocasiones.

<sup>629</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, “La sustitución...”, pág. 26.

<sup>630</sup> DÍAZ ALABART, “El discapacitado...”, cit., pág. 53.

En la misma línea SEDA HERMOSÍN<sup>631</sup> cuenta: *“O sea, que, como puedo gravar el tercio de libre disposición, el de mejora y ahora también el de legítima estricta teniendo hijos o descendientes discapacitados, permite el legislador que yo, testador, pueda nombrar a mi hijo discapacitado heredero temporal de todos mis bienes, de los cuales no podrá disponer, con indicación de que a su fallecimiento, pasarán tales bienes a sus hermanos co-legitimarios”*.

Por su parte, MARTÍNEZ MARTÍNEZ<sup>632</sup> también usa el término “discapacitado” en lugar del de incapacitado cuando indica que: *“bienes que son adquiridos por el judicialmente discapacitado en calidad de fiduciario por constituir la legítima estricta de sus coherederos forzosos que tienen el carácter de fideicomisarios”*.

Lo mismo le ocurre a la autora PANIZA FULLANA<sup>633</sup> al exponer que *“aunque de entrada la sustitución fideicomisaria pudiera parecer una figura antigua y carente de relevancia actual, ha sido la institución empleada para proteger a los discapacitados, lo que nos lleva a hablar de una renovada actualidad. Es lo que ha ocurrido con la Ley 41/2.003...”*. Y lo reitera<sup>634</sup> cuando al hablar de la similitud existente entre usufructo y sustitución fideicomisaria afirma que *“ahora ha sido la Ley 41/2.003 la que ha utilizado la sustitución fideicomisaria para proteger a los discapacitados”*.

Lo cierto es que esta confusión terminológica no debería tener gran importancia desde el punto de vista práctico en los supuestos en los que el causante decida hacer testamento notarial, ya que la intención del causante confundido que intentase establecer una sustitución fideicomisaria especial a favor de su hijo o nieto con discapacidad durará como máximo hasta que acuda al notario a hacer testamento, momento en el cual, éste le explicará la imposibilidad de sus deseos, ya que tan sólo se puede instituir fiduciario especial a los hijos o descendientes incapacitados judicialmente, y no a aquéllos que tengan reconocida administrativa o judicialmente alguna discapacidad (a excepción, claro está, de los que junto al reconocimiento administrativo de discapacidad cuentan también con la sentencia judicial de incapacitación).

---

<sup>631</sup> SEDA HERMOSÍN, “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad”, en *Academia Sevillana del Notariado*, Tomo XVI, Editorial Comares, Sevilla, 2.004, pág. 14.

<sup>632</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Op. cit.*, pág. 907.

<sup>633</sup> PANIZA FULLANA, *Op. cit.*, pág. 22.

<sup>634</sup> PANIZA FULLANA, *Op. cit.*, pág. 83.

Sin embargo, la referida confusión sí que podría conllevar consecuencias importantes en los casos en los que el testador decida redactar testamento ológrafo, y en base a lo que ha leído o le hayan podido informar, establece en su testamento manuscrito una sustitución fideicomisaria especial, instituyendo como fiduciario al hijo o nieto con discapacidad. En tal caso, entendemos que, simplemente, cabría la nulidad del testamento, o dicho con otras palabras, procedería la apertura de la sucesión intestada, dejándose de cumplir con ello la verdadera voluntad del testador.

Menos grave que la confusión a la que acabamos de hacer referencia, pero igual de inexplicable, es la de ciertos autores que al referirse a la sustitución fideicomisaria especial razonan que podrá extenderse a favor de los hijos o descendientes del testador, omitiendo que éstos han de estar incapacitados judicialmente.

En esta línea, encontramos autores como RUEDA ESTEBAN<sup>635</sup>, que titula un artículo de la siguiente forma: “*El fiduciario del artículo 831 CC y la facultad de gravar con sustituciones fideicomisarias o con fideicomisos a favor de hijos o descendientes como forma de mejora*”; o también RIVERA ÁLVAREZ<sup>636</sup>, que igualmente titula un artículo “*La reforma de la sustitución fideicomisaria en la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y la indisponibilidad de la legítima estricta a favor de los hijos o descendientes*”.

¿Qué les costaba especificar que para poder convertirse en fiduciarios de la sustitución fideicomisaria especial, los hijos o descendientes a los que se refieren tienen que cumplir con la condición *sine qua non* de la incapacitación judicial?

Anunciamos, desde este momento, que a lo largo del presente capítulo, diversos autores harán referencia a los términos *hijos o descendientes discapacitados* para referirse a los hijos o descendientes incapacitados judicialmente, si bien, por nuestra parte, no volveremos a insistir en el *lapsus calami* en el que aquéllos estarán incurriendo.

---

<sup>635</sup> RUEDA ESTEBAN, “El fiduciario del artículo 831 CC y la facultad de gravar con sustituciones fideicomisarias o con fideicomisos a favor de hijos o descendientes como forma de mejora”, en *Estudios en Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, Pérez-Bustamante de Monasterio (director), Editorial Dykinson, Madrid, 2.013, pág. 577.

<sup>636</sup> RIVERA ÁLVAREZ, “La reforma de la sustitución fideicomisaria en la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y la indisponibilidad de la legítima estricta a favor de los hijos o descendientes”, en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, Volumen 2, González Porras y Méndez González (coordinadores), Editorial Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Murcia, 2.004.

## II.- LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ESPECIAL: INICIO DE LA TANGIBILIDAD DE LA LEGÍTIMA EN EL SIGLO XXI

Para poder entender debidamente la reforma introducida por la LPPD que nos ocupa en el presente capítulo, consideramos oportuno exponer algunas ideas previas sobre la legítima y el proceso de su desnaturalización en el que nos encontramos actualmente inmersos.

Dicho lo cual, en el presente epígrafe no expondremos, ni siquiera de manera elemental, la naturaleza jurídica de la intangibilidad de la legítima, sino que nos limitaremos a señalar sus pautas esenciales, con la intención de comprender qué se entiende por legítima, ya que el ámbito de aplicación de la sustitución fideicomisaria especial es, precisamente, el tercio de legítima estricta.

### 2.1.- La intangibilidad de la legítima en nuestro Ordenamiento jurídico

El artículo 806 del C.c. establece que *“legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos”*.

La definición legal contenida en el citado precepto no ha estado exenta de críticas.

Así, ROCA-SASTRE MUNCUNILL<sup>637</sup> la considera superflua, mientras que RAGEL SÁNCHEZ<sup>638</sup> afirma que *“la definición legal contenida en el art. 806 CC ha sido criticada desde diversos puntos de vista por los autores. Para algunos, el pronunciamiento legal es superfluo, puesto que la tarea de definir no es competencia del legislador, sino de los juristas...”*; y ALBALADEJO<sup>639</sup> entiende que la del artículo 806 es una *“definición inexacta porque no recoge las verdaderas características de la legítima (...). La terminología de llamar herederos forzosos a los legitimarios es inexacta porque los bienes que constituyen la legítima no les corresponde*

---

<sup>637</sup> ROCA-SASTRE MUNCUNILL, “Casuística legitimaria en el régimen del Código Civil”, en *Homenaje a Juan Vallet de Goytisolo*, Volumen I, Imprenta San José, Madrid, 1.988, pág. 584.

<sup>638</sup> RAGEL SÁNCHEZ, “Artículo 806”, en *Comentarios al Código Civil*, Tomo IV, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (director), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2.013, pág. 5.830.

<sup>639</sup> ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, Tomo V, *Derecho de Sucesiones*, Novena Edición, Editorial Edisofer, Madrid, 2.008, pág. 377.

*necesariamente como herencia, sino que se les pueden dejar también por legado o habérselos dado en vida como donación”.*

En la misma línea, se expresa nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de septiembre de 2.005<sup>640</sup>, al establecer que *“no obstante los términos del artículo 806 del Código Civil, que la define como porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados forzosos, en el sistema que dicho cuerpo legal sanciona la legítima no constituye una pars reservata bonorum, dado que el testador puede disponer de estos, inter vivos y mortis causa, bien que con una eficacia condicionada a la defensa de la intangibilidad cuantitativa que de su legítima haga el legitimario (sentencias de 31 de marzo de 1.970 y 20 de noviembre de 1.990), el cual puede recibir por cualquier título apto el contenido patrimonial a que tiene derecho y no sólo como heredero”.*

Esto dicho, también es preciso reconocer que existe una minoría de autores que se posicionan justo en el sentido contrario, entre los que destaca ESPEJO LERDO DE TEJADA<sup>641</sup> al afirmar que *“es muy frecuente considerar que la definición del precepto es desafortunada e inútil, y que no responde a la regulación ulterior del instituto. Si la crítica se hiciera a una definición doctrinal de la legítima quizá estaríamos de acuerdo con este juicio. No obstante, tratándose de una norma legal, que debe ser objeto de interpretación sistemática, habría que matizar mucho esas palabras. Puede decirse, sin duda, que la dicción del artículo tiene defectos; pero no se deben menospreciar sus aciertos. El concepto de legítima ante el que nos encontramos ofrece más ventajas que inconvenientes. Otra cosa es que, a partir de la letra del precepto haya quienes extraigan conclusiones parciales o tendenciosas que fuercen el sistema. Pero esto impútesele a sus autores y no al C.c.”.*

En cuanto al significado de legítima, expresa VALLET DE GOYTISOLO<sup>642</sup> que *“la palabra legítima se emplea indistintamente para significar: a) el derecho de los legitimarios a un determinado contenido patrimonial en la herencia del causante; b) el*

---

<sup>640</sup> RJ 2005, 7154.

<sup>641</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, “Artículo 806”, en *Código civil comentado*, Volumen II, Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno y Valpuesta Fernández (directores), Editorial Thomson Cívitas, Madrid, 2.011, págs. 773 y 774.

<sup>642</sup> VALLET DE GOYTISOLO, “Artículo 806”, *Comentario del Código civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1.996, pág. 1974.

*conjunto de derechos que aseguran al legitimario la adquisición de ese contenido patrimonial, y c) el contenido al que tiene derecho el legitimario”.*

LACRUZ BERDEJO<sup>643</sup>, por su parte, entiende por legítima *“la porción o cuota a que tienen derecho los parientes en línea recta y el cónyuge de cualquier persona, en el patrimonio de esta (excepcionalmente, por cuenta de ella), a percibir a partir de su muerte, si no se recibió en vida”.*

Para ROCA-SASTRE MUNCUNILL<sup>644</sup> legítima es *“la porción de bienes que en relación con una sucesión abierta, reserva la ley a favor de determinadas personas, en consideración a las cuales el causante-testador no puede disponer, sino a favor de las mismas, al dejarles por cualquier título bienes de la propia herencia, y, a veces, dinero no hereditario”.*

Para VALLET DE GOYTISOLO<sup>645</sup> *“es preciso determinar el significado de las palabras del artículo 806: ‘de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley’. (...) La afirmación de este artículo 806 ‘el testador no puede disponer’ ha de circunscribirse presuponiéndole añadido el adverbio ‘libremente’ según resulta del contenido normativo del propio C.c.”.*

CAPILLA RONCERO<sup>646</sup>, por su parte, considera que *“las legítimas se imponen al causante de suerte que no pueda éste vulnerarlas por su decisión o proceder. Los actos del causante que las desconozcan, vulneren o mermen de cualquier modo, son susceptibles de verse privados de eficacia. El precepto se inspira en estas ideas, esto es, en la existencia de un criterio o principio de intangibilidad de las legítimas”.*

El artículo 806 del C.c. nos habla de legítima de coherederos forzosos, pero ¿quiénes son los coherederos forzosos?

Para dar respuesta a esta pregunta debemos acudir al contenido del artículo 807 del mismo Cuerpo legal, el cual establece que *“son herederos forzosos:*

*1.- Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes.*

---

<sup>643</sup> LACRUZ BERDEJO, *Elementos de...*, cit., pág. 309.

<sup>644</sup> ROCA-SASTRE MUNCUNILL, “Casuística legitimaria en el régimen del Código Civil”, en *Homenaje a Juan Vallet de Goytisoló*, Volumen I, Imprenta San José, Madrid, 1.988, pág. 584.

<sup>645</sup> VALLET DE GOYTISOLO, “Artículo 806”..., cit., págs. 1.975 y 1.976.

<sup>646</sup> CAPILLA RONCERO, “Artículo 813”, en *Código civil comentado*, Volumen II, Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno y Valpuesta Fernández (directores), Editorial Thomson Cívitas, Madrid, 2.011, pág. 824.

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

3.- *El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código”.*

Lo primero que nos llama la atención al estudiar la legítima de nuestro Derecho Común, es que nos encontramos frente a una institución que aparecerá en la gran mayoría de herencias, ya que el único supuesto en el que existirá una plena libertad de testar a favor del causante es aquél en el que éste fallezca sin descendientes, ni ascendientes de ningún tipo, ni cónyuge, o dicho de otra manera, sin coherederos forzosos.

En el presente capítulo nos centraremos en el estudio de la legítima que corresponde a hijos y descendientes, al ser ésta la que sufre la modificación llevada a cabo en nuestro C.c. a raíz de la entrada en vigor de la LPPD.

A efectos de legítima, carece de todo interés la distinción entre hijos matrimoniales y no matrimoniales. Por tanto, serán legitimarios los hijos y descendientes de cualquier clase de filiación. De este modo, todos los hijos y descendientes y todos los padres y ascendientes resultan equiparados en sus derechos legitimarios, sin distinguir si su parentesco es de sangre o por adopción, matrimonial o no matrimonial y, si en ésta son naturales, adulterinos o, en sentido restringido, ilegítimos de otra clase<sup>647</sup>.

Siempre que existan hijos o descendientes quedará, automáticamente, excluida la legítima de padres o ascendientes, incluida la del cónyuge supérstite, si éste concurre a la herencia, y, a la muerte del testador, se dividirá la herencia en tres partes iguales.

Por su parte, el artículo 808 del C.c. establece: *“constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre.*

*Sin embargo podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes.*

*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.*

*La tercera parte restante será de libre disposición”.*

---

<sup>647</sup> VALLET DE GOYTISOLO, “Artículo 807”, en *Comentario del Código civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1.996, pág. 1.979.

Del contenido de este precepto se desprende que, automáticamente, a la muerte del testador (y siempre que exista un descendiente suyo), su haber hereditario se dividirá en tres partes iguales, dos de las cuales irán a parar a su descendiente, quedando la tercera parte disponible a la voluntad del causante (tercio de libre disposición) en la que puede instituir como heredero a cualquier persona sin necesidad de que sea un legitimario.

Pero, ¿qué se entiende por el haber hereditario del causante? Según O'CALLAGHAN<sup>648</sup> *“es el patrimonio del causante que constituye la base para la fijación de la legítima, lo que contempla el artículo 818 y que esencialmente se forma con la suma del relictum (caudal relicto dejado por el causante a su muerte) y el donatum (donaciones hechas en vida)”*.

En cuanto a la división en tres tercios, ello no significa que el patrimonio hereditario esté separado en tres compartimentos, sino que la legítima estricta se determina por el valor del tercio del patrimonio hereditario, siendo la legítima estricta un *nomen iuris*, es decir, una realidad contable.

En tal sentido se expresa VALLET DE GOYTISOLO<sup>649</sup>, a quien, con posterioridad, sigue el resto de autores<sup>650</sup>, cuando manifiesta: *“hace ya cerca de cuarenta años advertí que se materializaba demasiado el concepto de cuota y que la herencia no se halla dividida en compartimentos estancos. Por lo cual, no era correcto decir (aunque en sentido figurado frecuentemente se dijese) que el caudal relicto por un ascendiente se halla dividido en tres tercios: de legítima estricta, de mejora y de libre disposición; pues en realidad no hay tal división. Sólo se trata de que el ascendiente puede disponer: libremente de una tercera parte de su haber; también a su arbitrio, pero sólo entre sus descendientes, de otra, y la restante únicamente puede atribuirlos por partes iguales a todos y cada uno de sus hijos. La fijación de la legítima simplemente significa la determinación del valor de un tercio de la suma de la herencia más lo que valgan las donaciones hechas por el causante. La legítima es una partición o cuota cuantitativa de esa suma, no un compartimento estanco. El tercio de legítima y los de mejora y de libre*

---

<sup>648</sup> O'CALLAGHAN, *Comentario del...*, cit., pág. 797.

<sup>649</sup> VALLET DE GOYTISOLO, “Artículo 808”, *Comentario del Código civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1996, pág. 1982.

<sup>650</sup> Entre otros muchos, por O'CALLAGHAN, *Comentario del...*, cit., pág. 797 y RAGEL SÁNCHEZ, “Artículo 808”, *Comentarios al Código Civil*, Tomo IV, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (director), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2.013, pág. 5.856.

*disposición no pasan de ser cada uno un nomen iuris, o todo lo más, una realidad de orden puramente contable, pero nada más que contable”.*

Concluye el autor su comentario al artículo 808 aseverando que *“la legítima es la porción no libremente distribuible, ni susceptible de mejora, y que, por consiguiente, conserva su tradicional característica de ser objeto de división igualitaria”.*

Esta última afirmación de un referente del Derecho Civil como VALLET DE GOYTISOLO, junto a la realizada por algún otro autor, como RAGEL SÁNCHEZ<sup>651</sup> cuando afirma que *“el art. 808.II C.c. induce a error al referirse a una parte de las dos que forman la legítima, pues podría entenderse que la mejora forma parte de la legítima...”*, o la mantenida, recientemente, por IRURZUN GOICA<sup>652</sup>, quien entiende que *“con razón se ha podido afirmar que <<donde hay mejora ya no hay legítima>>.* *En rigor, si ha habido un acto de mejora, la verdadera legítima es lo que resta de los dos tercios del haber hereditario...”*, hacen que nos cuestionemos si al referirnos a la mejora, lo hacemos, o no, al mismo tiempo a la legítima.

O, planteado de otra manera, el tercio de mejora ¿forma parte de la legítima?

Al respecto no hay duda alguna. Y es que, tan sólo en base a la redacción dada al artículo 808 del C.c. se entiende perfectamente que la legítima está compuesta por dos de las tres partes del haber hereditario, una de ellas conocida como “legítima estricta” (que es el tercio que deben recibir necesariamente los hijos del causante y, en su caso, por derecho de representación, los ulteriores descendientes por partes iguales), y la otra parte de la legítima es, precisamente, el tercio que se puede usar por el testador como mejora a favor de los hijos o descendientes, conocida como “mejora”.

Así lo establece la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, por ejemplo, en sus Sentencias de 26 de diciembre de 1.989<sup>653</sup> y 22 de noviembre de 1.991<sup>654</sup>, o, más recientemente, en la ya citada Sentencia de 28 de septiembre de 2.005<sup>655</sup>, al establecer en su Fundamento de Derecho Cuarto que *“...aunque la mejora sea parte de la legítima...”*.

---

<sup>651</sup> RAGEL SÁNCHEZ, “Artículo 808”..., cit., pág. 5.856.

<sup>652</sup> IRURZUN GOICA, “¿Qué es la legítima para el Código civil español? Búsqueda de su concepto, naturaleza y caracteres”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. 2, núm. 2, abril-junio 2015, págs. 277 y 278.

<sup>653</sup> RJ 1989, 8872.

<sup>654</sup> RJ 1991, 8477.

<sup>655</sup> RJ 2005, 7154.

Por su parte, la doctrina es igualmente unánime al entender que la legítima estricta y la mejora forman la llamada “legítima larga”, la cual queda regulada en el artículo 808, párrafo 1º del C.c.

Así, por ejemplo, exponen entre otros muchos, TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO<sup>656</sup> que “*la cuantía de la legítima de los descendientes es de dos tercios, por lo que el otro tercio se considera de libre disposición, y puede ir destinado a personas ajenas al círculo de legitimarios. (...) Con el artículo 808 CC el legislador pone de relieve que de los dos tercios de legítima (denominada legítima amplia o larga), el testador puede disponer de uno de ellos en concepto de mejora*”; o ALBALADEJO<sup>657</sup>, que en la misma línea manifiesta: “*así pues, siendo la legítima (legítima larga) de los citados descendientes dos tercios de la herencia, resulta que ésta se divide en tres tercios: uno de libre disposición (el que no es legítima), y de los otros dos (que sí son legítima, y que conjuntamente forman la llamada legítima larga), hay uno de legítima corta, y otro de mejora*”.

La posibilidad de que el causante haga uso de uno de los dos tercios de la legítima para mejorar a los nietos viviendo los hijos, se basa en el precedente histórico, a partir de la Ley 18 de Toro, a cuyo tenor el padre o la madre, o cualquiera de ellos puede si quieren hacer el tercio de mejoría que podían hacer a sus hijos o nietos conforme a la Ley del fuero á cualquier de sus nietos, o descendientes legítimos, puesto que sus hijos, padre de los dichos nietos, o descendientes sean vivos, sin que en ello les sea puesto impedimento alguno. Dicha Ley fue recogida en la Novísima Recopilación (10.6.2) con el epígrafe la mejora del tercio se pueda hacer al nieto aunque sus padres vivan.

Pero siendo conscientes de que la mejora del testador a favor de los descendientes a la que venimos haciendo referencia se practica sobre una de las dos partes que conforman la legítima, entendemos obligatorio cuestionarnos: ¿quiere ello decir que los descendientes del testador que hayan sido mejorados por éste, han de ser considerados igualmente legitimarios? ¿Quiénes serán, realmente, legitimarios en la herencia?

---

<sup>656</sup> TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, “La legítima en el Código Civil (II)”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo II, Gete Alonso y Calera (directoras), Editorial Aranzadi, Navarra, 2.011, pág. 1.900.

<sup>657</sup> ALBALADEJO, *Curso de...*, cit., pág. 381.

A este respecto, la Sentencia del Supremo de 28 de septiembre de 2.005<sup>658</sup>, recoge que *“aunque la mejora sea parte de la legítima y el artículo 808 del Código no reconozca conjuntamente a los hijos y descendientes derecho a reclamar esta última, es interpretado el artículo 823 del Código Civil en el sentido de admitir la posibilidad de que el abuelo mejore al nieto pese a vivir el hijo y, por lo tanto, pese a no ser el mejorado legitimario de primer grado y, por ende, con derecho a reclamar legítima”*. Es decir, que nuestro Tribunal Supremo no considera a los nietos mejorados como legitimarios de primer grado.

En cuanto al planteamiento de la doctrina, RIVAS MARTÍNEZ<sup>659</sup> entiende que *“cuando el artículo 808 habla de hijos y descendientes, no atribuye derecho a legítima a todos los descendientes que haya.*

*Por ello, sólo en defecto de descendientes de primer grado (hijos) podrán tener la consideración de legitimarios los descendientes ulteriores (nietos), por derecho de representación o por estirpes. En consecuencia, sólo los descendientes inmediatos del causante en el momento de fallecer éste serán legitimarios, con inclusión de los concebidos (art. 29 C.c.). En virtud de todo lo dicho, y de los artículos 807.1 y 808, son legitimarios los descendientes por orden de proximidad de grado, que no tengan ascendiente intermedio vivo, salvo en los casos de desheredación o incapacidad”*.

Por su parte, RAGEL SÁNCHEZ<sup>660</sup> opina que: *“a nuestro juicio, hay legitimarios descendientes, que son los de grado más próximo, pero no hay legitimarios descendientes de segundo grado cuando sus padres o ascendientes son los legitimarios que no han sido desheredados o declarados indignos”*.

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN<sup>661</sup> nos trasladan que *“el derecho legitimario de los descendientes está condicionado por la proximidad del parentesco con el causante (en primer lugar, los hijos, después los nietos, a continuación los bisnietos, etc.).*

También TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO<sup>662</sup> exponen que *“se aplica a los descendientes el principio de proximidad de grado: habiendo hijos éstos son legitimarios y no los nietos, aunque a éstos pueda ir destinado el tercio de mejora”*.

---

<sup>658</sup> RJ 2005, 7154.

<sup>659</sup> RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de...*, cit., pág. 1.463.

<sup>660</sup> RAGEL SÁNCHEZ, “Artículo 808”..., cit., pág. 5.856.

<sup>661</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de...*, cit., pág. 154.

En tal sentido, ESPEJO LERDO DE TEJADA<sup>663</sup> expresa que “*generalmente se estima que, pese a que el tercio de mejora forma parte de la legítima de los descendientes y que en ella opera el principio de proximidad de grado, se debe interpretar que es posible mejorar al nieto pese a vivir el hijo y, por lo tanto, pese a que el mejorado no sea legitimario*”.

También existe algún autor, como O'CALLAGHAN<sup>664</sup>, que apuesta por la condición de legitimario del nieto mejorado, al escribir que “*si hay hijos, no son legitimarios los ulteriores descendientes, salvo el caso de mejora en que el testador puede mejorar al nieto viviendo su padre y salvo el derecho de representación*”. Sin embargo, el propio autor parece que se contradice poco después al afirmar que los nietos sólo podrán ser legitimarios cuando sus padres no vivan, ya que expone que “*viviendo el hijo, no será legitimario el nieto, o los nietos, pero si aquél ha premuerto al causante o ha sido desheredado o es indigno, entonces los nietos sucederán a su padre pasando a convertirse en legitimarios, y repartiéndose entre todos (in stirpes) la legítima que a su padre, hijo del causante, le hubiese correspondido*”.

Por nuestra parte, coincidimos con nuestra doctrina y jurisprudencia al entender que cuando existan hijos, no serán legitimarios los hijos de éstos (nietos del testador), y ello, principalmente, en base al artículo 921.1 del C.c. que establece: “*En las herencias el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, salvo el derecho de representación en los casos en que deba tener lugar*”.

Eso sí, una vez expuesto todo lo anterior, abogamos por la necesidad de mejorar la redacción del actual artículo 807 del C.c., ya que es necesario regular de forma más completa y clara, quiénes son realmente los legitimarios, tal y como sucede en ciertos Derechos Forales, como en el Derecho Civil de Galicia, donde a partir<sup>665</sup> de la Ley 2/2.006, de 14 de junio, se otorga una regulación específica al concepto de legitimarios, estableciendo el artículo 238 de la Ley 2/2.006: “*Son legitimarios: 1.- Los hijos y descendientes de hijos premuertos, justamente desheredados o indignos*”.

Con esta redacción descarta la posibilidad de que lo sean los nietos mejorados.

---

<sup>662</sup> TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, “La legítima...”, cit., pág. 1854.

<sup>663</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, “Artículo 808”..., cit., págs. 789 y 790.

<sup>664</sup> O'CALLAGHAN, *Comentario del Código Civil*, Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (Coordinador), Tomo 4, Editorial Bosch, Barcelona, 2.000, pág. 649.

<sup>665</sup> Ya que su predecesora, la Ley 4/1995 de 24 de mayo, se remitía a la regulación del C.c., tanto para la determinación de los legitimarios como para la cuantía de su legítima.

Por su parte, el legislador catalán regula en el artículo 451.3 del C.c. Catalán que “1.- *Son legitimarios todos los hijos del causante por partes iguales.* 2.- *Los hijos premuertos, los desheredados justamente, los declarados indignos y los ausentes son representados por sus respectivos descendientes por estirpe*”.

Una redacción similar a la expuesta en estos Derechos forales entendemos conveniente para nuestro C.c.

Dicho lo cual, de lo que tampoco cabe duda es de que los descendientes no legitimarios (nieta cuyo padre vive al fallecer el causante) podrán heredar una parte de la legítima como es la mejora en base el artículo 808 párrafo 2º del C.c., al permitir este artículo al causante “*disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes*”, de ahí que lleguemos a la conclusión de que el artículo 808 igualmente puede llevar a confusión, ya que permite obtener parte de la legítima a personas que no son legitimarias.

Una vez expuesto el alcance de la legítima dentro de la herencia y quiénes son los legitimarios, toca ya hablar de su intangibilidad, acerca de la cual se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1963<sup>666</sup>, afirmando que la legítima es de orden público, no pudiendo el testador disponer de ella por venir impuesta por Ley, ni hacer recaer sobre la misma gravamen ni limitación alguna.

Las legítimas se imponen al causante de suerte que no pueda éste vulnerarlas por su decisión o proceder. Los actos del causante que las desconozcan, vulneren o mermen de cualquier modo, son susceptibles de verse privados de eficacia. El artículo 813 del C.c. se inspira en estas ideas, esto es, en la existencia de un criterio o principio de intangibilidad de las legítimas<sup>667</sup>.

Es decir, que el legislador al ordenar (o mejor dicho, al prohibir) que el testador no pueda privar a los legitimarios de su legítima, está al mismo tiempo imponiéndole a quién habrá de dejarle dicha parte de la herencia.

La legítima está doblemente protegida, cuantitativa y cualitativamente, tal y como afirma nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de mayo de 2.009<sup>668</sup>, donde

---

<sup>666</sup> RJ 1963, 9854.

<sup>667</sup> CAPILLA RONCERO, “Artículo 813”..., cit., pág. 825.

<sup>668</sup> RJ 2009, 3038.

expone que *“lo que tiene el límite a la facultad de disponer mortis causa, establecido en el artículo 808 del Código civil que es la legítima, que es intangible cuantitativamente y cualitativamente, conforme añade el artículo 813”*, o, más recientemente, en su Sentencia de 21 de noviembre de 2.011<sup>669</sup> al establecer que *“de la legítima se predica la intangibilidad cualitativa (art. 813 del Código civil) y cuantitativa (art. 815) y esta última debe ser respetada en todo caso por el causante. Tal como dice la sentencia 8 de junio de 1999, si la partición lesionara los derechos de los legitimarios, puede ser impugnada, pues lo contrario conculcaría el ordenamiento sucesorio”*.

En este contexto, no se puede lesionar ni cuantitativa ni cualitativamente la legítima (la llamada intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la misma, respectivamente), esto es, que las leyes imperativas y prohibitivas protegen al legitimario no sólo cuando se le da menos de lo que le corresponde, sino también cuando se le da algo diferente a lo que le corresponde.

Por intangibilidad cuantitativa de la legítima se entiende la obligación que el causante tiene de respetar la cantidad de legítima a favor de los legitimarios, por lo que éste no podrá privar ni en todo ni en parte a los legitimarios de la cuantía del haber hereditario líquido que le corresponde, y, si lo hiciera, tienen éstos la acción de suplemento de legítima que contempla el artículo 815 del C.c., o bien la acción de inoficiosidad de donaciones o legados recogida en el artículo 817.

Si les priva totalmente de la legítima, entonces nos hallamos en los casos de preterición del artículo 814, o de desheredación injusta, de los artículos 848 y siguientes.

Expone MARTÍNEZ MARTÍNEZ<sup>670</sup> que *“la lesión cuantitativa de la legítima se produce cuando se priva al legitimario en todo o parte de la cuota legitimaria que le corresponde, cosa que puede suceder cuando se asigna al legitimario por cualquier título menos de la legítima que le corresponde, o cuando se asigna al legitimario la cuota que le corresponde por ley pero existen donaciones o legados inoficiosos que le impiden recibir su parte”*.

---

<sup>669</sup> RJ 2012, 1635.

<sup>670</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Tratado de...*, cit., pág. 866.

En cuanto a intangibilidad cualitativa, que queda comprendida en el segundo párrafo del artículo 813 del C.c., exponen TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO<sup>671</sup> que *“bajo dicha denominación se recoge el principio según el cual ninguna disposición del testador puede hacer que lo recibido por el legitimario resulte limitado cualitativamente”*.

RAGEL SÁNCHEZ<sup>672</sup>, por su parte, considera que con la expresión legítima cualitativa se pretende resumir la idea de que las leyes imperativas y prohibitivas protegen al legitimario no sólo cuando se le da menos de lo que le corresponde (tutela cuantitativa), sino también cuando se le deja de manera distinta a la exigible, ya sea porque se le asignan bienes que no forman parte del haber hereditario, fuera de los casos en que la ley lo permite, ya sea porque se le atribuyen en pago de la legítima bienes hereditarios o una cuota, pero estableciendo, a la vez, un gravamen sobre los mismos a favor de otras personas.

Por tanto, podemos llegar a la conclusión de que se estará vulnerando la intangibilidad cualitativa de la legítima cuando el testador deja al legitimario su legítima de forma distinta a la exigible en base al C.c. En todos estos casos, la consecuencia inevitable es la nulidad del gravamen, quedando, por tanto, sin efecto y permaneciendo como válida la atribución de la legítima tal y como legalmente debió producirse.

En definitiva, estas expresiones del artículo 813 párrafo 2º del C.c. alcanzan a cualquier carga, restricción o limitación de naturaleza personal o real que restrinja el pleno disfrute o disponibilidad de lo que por legítima corresponda al legitimario<sup>673</sup>.

Concluyendo con el breve estudio de la intangibilidad de la legítima, entendemos interesante traer a colación la explicación, resumida pero clara, que realiza la autora BERROCAL LANZAROT<sup>674</sup> de la institución, al expresar que *“no se puede lesionar ni cuantitativa ni cualitativamente la legítima (la llamada intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la misma), esto es, que las leyes imperativas y prohibitivas protegen al legitimario no solo cuando se le da menos de lo que le corresponde, sino también*

---

<sup>671</sup> TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, *Tratado de legítimas*, Torres García (coordinadora), Editorial Atelier, Barcelona, 2.012, pág. 46.

<sup>672</sup> RAGEL SÁNCHEZ, “Artículo 813”, en *Comentarios al Código Civil*, Tomo IV, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (director), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2.013, pág. 5.917.

<sup>673</sup> O'CALLAGHAN, *Comentario del...*, cit., pág. 810.

<sup>674</sup> BERROCAL LANZAROT, “El maltrato psicológico como justa causa de desheredación de hijos y descendientes”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 748, 2.015, pág. 930.

*cuando se le deja de dar de manera diferente a lo exigible, bien porque se le asignan bienes que no forman parte del haber hereditario —fuera de los casos en los que la ley permite—, bien porque se le atribuyen en pago de la legítima bienes hereditarios, pero estableciendo un gravamen sobre los mismos a favor de otras personas”.*

Para finalizar el presente apartado hemos de exponer que nuestro artículo 813, párrafo 2º del C.c., se ha mantenido intacto durante todo el siglo XX, siendo tan sólo modificado en una ocasión, entrado ya el siglo XXI, a través de la LPPD, que añade la salvedad del gravamen de la legítima estricta en base a lo establecido en el artículo 808 del C.c., tal y como estudiaremos a continuación.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el primer párrafo del art. 813 del C.c. no resultó afectado por dicha norma, por lo que, en la actualidad, sigue reflejando que *“el testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley”*.

¿Y cuáles son esos casos determinados por la ley en los que el testador podrá privar a los herederos de su legítima?

Muy resumidamente<sup>675</sup>, diremos que, antes de la entrada en vigor de la LPPD, existían una serie de excepciones a la intangibilidad cualitativa de la legítima, que, por regla general, suponían el aplazamiento del cobro de ésta.

El más común es el supuesto conocido como *“cautela socini”*, amparada en el art. 820, párrafo 3º<sup>676</sup> del C.c., y denominada por la doctrina como *“opción compensatoria de legítima”*, aunque dicha excepción debía ser aprobada por el legitimario.

Cuenta GOMÁ LANZÓN<sup>677</sup> que *“el testamento más habitual, el que los cónyuges otorgantes suelen calificar como el normal, es aquél en que cada uno deja al otro el*

---

<sup>675</sup> Para un estudio en profundidad de la figura, ALBALADEJO, “El tercio de herencia gravado por el usufructo del cónyuge viudo cuando los legitimarios son los hijos del causante”, en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2º, Zaragoza, 1993, págs. 873 y ss.; CABEZUELO ARENAS, “Reflexiones sobre la cautela socini”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Vol. 4, Editorial Civitas, Madrid, 2003, págs. 5141 y ss. y RAGEL SÁNCHEZ, *La cautela galdense o socini y el artículo 820.3º del C.c.*, Editorial Dykinson, Madrid, 2004.

<sup>676</sup> Art. 820, párrafo 3º del C.c.: *“Si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los coherederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador”*.

*usufructo universal, nombran herederos a los hijos por partes iguales, e introducen la penalización por reducción a la legítima estricta de la cautela socini al hijo que no está conforme. Hasta tal punto está generalizada su utilización”.*

Concretamente, por *cautela socini* se entiende aquélla en la que el testador pone al legitimario en el trance de elegir entre su legítima estricta o una mayor proporción pero gravada. Con ello se entiende que el testador tiene la opción de dejar de más al legitimario, si bien imponiéndole una carga o gravamen en beneficio de un tercero, que sería el aplazamiento de la adquisición de la herencia para el legitimario que acepta la herencia.

Aunque es cierto que la validez de la *cautela socini* se entiende, hoy día, reconocida, en general, por la doctrina, no lo es menos que es una figura no exenta de problemática. Eso sí, el testador no vulnera la ley mediante dicha institución, ya que no obliga en nada al legitimario, del cual depende recibir ya lo que le corresponde por legítima estricta, o permanecer como nudo propietario de lo que le corresponda de la totalidad de la herencia, hasta que fallezca el usufructuario (cónyuge sobreviviente del causante).

Igualmente, con carácter previo a la LPPD, se podía conmutar la legítima en dinero<sup>678</sup>, excepción ésta introducida mediante la Ley 11/1.981, de 13 de mayo, de modificación del C.c. en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Dicha Ley reformó los artículos 841 a 847, que conforman la sección de “*Pago de la porción hereditaria en casos especiales*”, permitiendo al testador, o contador-partidor expresamente autorizado por aquél, adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios, si bien este abono requiere una serie de cautelas, como la conformidad de los obligados al pago, o la exigencia de la aprobación judicial, siempre y cuando no exista acuerdo unánime de todos los hijos o descendientes al respecto. Pero esta excepción no sólo tiene la peculiaridad del pago en metálico de la

---

<sup>677</sup> GOMÁ LANZÓN, “Una mirada crítica al sistema de legítimas del Código Civil”, en *Estudios de Derecho Privado en Homenaje a Juan José Rivas Martínez*, Pérez-Bustamante de Monasterio (director), Editorial Dykinson, Madrid, 2.013, pág. 563.

<sup>678</sup> Para un mayor estudio de la figura, vid. entre otros muchos, VALLET DE GOYTISOLO, “Artículo 841 del Código civil”, en *Comentarios al Código civil*, Tomo XI, Editorial Edersa, Madrid, 2004 y DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código Civil”, en *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección Tercera, Vol. 1, Editorial Reus, Madrid, 1964, págs. 709 y ss.

legítima, sino que también destaca por su aplazamiento, siendo éste el primer precepto que expresamente regula la posibilidad de aplazamiento de la legítima en el C.c.

Establece el art. 844 del C.c.: *“la decisión de pago en metálico no producirá efectos si no se comunica a los perceptores en el plazo de un año desde la apertura de la sucesión. El pago deberá hacerse en el plazo de otro año más, salvo pacto en contra...”*, de modo que el pago de la legítima podría aplazarse hasta dos años desde la apertura de la sucesión.

Otra de las excepciones es la recogida en el art. 1.056, párrafo 2<sup>679</sup> del C.c., mediante el cual, conforme a su actual redacción proveniente de la Ley 7/2.003, de 1 de abril, reguladora de la Sociedad Limitada Nueva Empresa<sup>680</sup>, se faculta al testador para adjudicar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas a favor de uno o varios legitimarios descendientes, pagando su legítima a los demás legitimarios en dinero, y sin que sea necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario, y permitiendo, al mismo tiempo, al testador o contador-partidor por él designado establecer un aplazamiento del pago en metálico no superior a 5 años desde el fallecimiento del testador<sup>681</sup>.

## **2.2.- El comienzo de la desnaturalización de la intangibilidad de la legítima**

Desde ya hace algún tiempo, el debate más importante en el marco del Derecho Sucesorio es el de la necesidad o no de reconocer una mayor libertad de testar de las personas, lo cual supondría la reforma de nuestro actual sistema de legítimas, y no sólo

---

<sup>679</sup> Se recoge en el párrafo 2º del art. 1.056 del C.c.: *“El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere 5 años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el art. 843 y en el párrafo primero del art. 844”*.

<sup>680</sup> BOE número 79, de 2 de abril de 2.003.

<sup>681</sup> Sobre esta excepción, FERNÁNDEZ-TREGUERRES GARCÍA, *Transmisión mortis causa de la condición de socio. Un estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2008 y GARCÍA HERRERA, “La sucesión en la empresa familiar”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 726, julio 2011, págs. 1927-1959.

desde el punto de vista de su cuantía, sino también, desde el punto de vista de los sujetos que han de ser considerados legitimarios.

Como ya sabemos, la legítima de los hijos y descendientes asciende a dos tercios de la herencia del causante. ¿Proporción desmesurada?

Debemos comenzar afirmando algo sobre lo que no cabe duda: la sociedad actual nada tiene que ver con la que existía en 1.889, año en el que se promulgó el C.c. Han cambiado las familias, la edad con la que se mueren las personas, la naturaleza de los patrimonios, etc. Podríamos decir que ha cambiado todo, menos la regulación dada a la legítima en nuestro C.c.

Y es que, en el siglo XXI, el panorama es bien diferente. Se ha pasado de una sociedad preindustrial a una industrial, y, más adelante, a una postindustrial. Hay una decadencia absoluta de la familia extensa siendo masivamente sustituida por la familia nuclear, e, incluso, por otras formas de convivencia entre las personas, apareciendo multitud de modelos familiares posibles. Surge así la familia *asociación*, en palabras de Rousell, que se concibe como una simple y pura cohabitación, la separación es un trauma ligero porque la relación no se concibe como eterna sino como una convergencia de intereses y desaparece el aspecto institucional de la familia<sup>682</sup>.

En palabras de MAGARIÑOS BLANCO<sup>683</sup>, *“desde otro punto de vista, el de la relación personal y afectiva entre padres e hijos, el cambio ha sido también profundo. Frente al acercamiento que caracterizaba la familia antigua, hoy predomina el distanciamiento físico y afectivo, que termina en soledad y abandono de los padres en muchos casos; especialmente cuando éstos se hacen mayores y se convierten en un carga, que los hijos, atareados en el quehacer múltiple y absorbidos y envueltos por el vertiginoso ritmo de vida actual, no están dispuestos a asumir. (...) Cada vez es mayor el alejamiento físico, afectivo y asistencial de los hijos. De modo que la nota característica es hoy la soledad y el distanciamiento. Es el egoísmo, que rompe la cohesión auténtica y no meramente jurídica o formal de la familia. Resulta muy revelador, y paradójico a la vez, que en tal situación los hijos mientras permanecen solteros, continúen, en muchos casos, viviendo con sus padres o, mejor dicho,*

---

<sup>682</sup> GOMÁ LANZÓN, *Los derechos de cónyuge viudo*, Instituciones de Derecho Privado, Tomo V, Sucesiones, Volumen 3º, Editorial Thomson Cívitas, 2.005, pág. 919.

<sup>683</sup> MAGARIÑOS BLANCO, “La libertad de testar”, en *Revista de Derecho Privado*, Nº 9, Septiembre-October, 2.005, págs. 101 y 102.

*utilizando la vivienda y los servicios gratuitos de sus padres, sin contribuir para nada al sostenimiento de los gastos comunes”.*

Efectivamente, el distanciamiento tanto físico como afectivo, que termina en soledad y abandono de los padres en muchos casos, es uno de los motivos por los que en nuestro Ordenamiento jurídico existe desde hace muchos años una sólida corriente doctrinal que coincide en la necesidad de reformar nuestro sistema de legítimas.

Así, entre otros muchos, considera GOMÁ LANZÓN<sup>684</sup> *“que el sistema legitimario de Derecho Común está anquilosado y no responde en absoluto a las necesidades y forma de pensar general de la sociedad del siglo XXI no es algo discutido. Y tampoco lo es entre los autores más actuales que se precisa una reforma a fondo de este sistema, con propuestas variadas, pero que, o bien consideran su acercamiento a los Derechos Forales, o bien, de manera más radical, propugnan su desaparición siendo sustituidas por una obligación de alimentos más amplia que la que ahora existe”.*

CALATAYUD SIERRA<sup>685</sup>, por su parte, se mostró firme partidario de la supresión de la legítima puesto que los principios en los que se basaba la libertad de testar, dice, se ajustan mejor que los de las legítimas en los tiempos actuales.

DÍAZ ALABART<sup>686</sup> considera que *“en el Derecho Común se siguen manteniendo unas legítimas de cuantía tan alta (en particular la de los descendientes, 2/3 del patrimonio del causante) que limitan en demasía la libertad del testador. En la actualidad se dan una serie de circunstancias que aconsejan plantearse si no sería conveniente la modificación de todo el sistema de legítimas en el Código Civil”.*

Mientras que LLEDÓ YAGÜE y MONJE BALMASEDA<sup>687</sup> exponen que *“por lo tanto, es conveniente hacer una reflexión sobre el fundamento actual del sistema y las razones por las que un gran número de ciudadanos manifiestan tal rechazo. También ha llegado*

---

<sup>684</sup> GOMÁ LANZÓN, *Op. cit.*, pág. 564.

<sup>685</sup> CALATAYUD SIERRA, “Consideraciones acerca de la libertad de testar”, en *Academia Sevillana del Notariado*, Tomo IX, Editorial Revista de Derecho Privado, Sevilla, 1.995, pág. 246.

<sup>686</sup> DÍAZ ALABART, “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, 2.006, págs. 53 y 54.

<sup>687</sup> LLEDÓ YAGÜE y MONJE BALMASEDA, “Reforma del sistema legitimario y el principio de libertad de testar”, en *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, Tomo I, Lledó Yagüe, Ferrer Vanrell y Torres Lana (directores), Editorial Dykinson, Madrid, 2.014, págs. 655 y 656.

*la hora de modificar el sistema sucesorio del Código civil, en el sentido de adaptarlo a la nueva realidad social que está demandando un nuevo esquema sucesorio”.*

Asimismo, desde el punto de vista práctico, coinciden la gran mayoría de los notarios españoles en transmitir la decepción de las personas que, al acudir a la notaría a hacer un testamento, son conscientes de la restricción a la que su voluntad queda sometida, debido a las legítimas.

Así, por ejemplo, MAGARIÑOS BLANCO<sup>688</sup> cuenta que *“generalmente casi siempre y en todo caso, los testadores se llevan una sorpresa al comprobar que la propiedad de lo que han ganado con el esfuerzo de muchos años está sometida a fuertes limitaciones, que la libertad de disponer de sus bienes está gravemente restringida, aunque la restricción sea en beneficio de sus parientes, pues el Código Civil impide a una persona disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, estableciendo un sistema rígido de límites, a través de las legítimas.*

*He podido comprobar, a través de la experiencia del despacho, que este sentimiento de rechazo está bastante extendido, quizás, como veremos, porque tal limitación ya no cuenta hoy con el soporte tradicional de una familia que se mantenía durante toda la vida de los padres como núcleo de convivencia y de protección recíproca”.*

Por su parte, RIPOLL SOLER<sup>689</sup> expone que *“un testamento que siempre tiene un carácter especial o una nota diferenciadora es el de los padres de un discapaz. Muchas veces son los padres los que tienen la preocupación de que no falten recursos al hijo cuando ellos no estén y ya no puedan velar por él; (...) Antes de la reforma del Código civil con ocasión de la Ley 31/2.003 (lapsus calami que le sucede al autor en otra ocasión, ya que, obviamente, se refiere a la Ley 41/2.003), el Notario advertía desolado la decepción de esos padres y hermanos cuando se les informaba sobre las limitaciones legitimarias o de la imposibilidad de renunciar en vida a la legítima”.*

OÑATE CUADROS<sup>690</sup> habla del clamor de una inmensa mayoría de personas que no entienden por qué no pueden disponer gratuitamente de sus bienes, en especial, *mortis causa*, con plena libertad. Considera el autor, el sistema de legítimas la piedra angular

---

<sup>688</sup> MAGARIÑOS BLANCO, *Op. cit.*, pág. 84.

<sup>689</sup> RIPOLL SOLER, *Op. cit.*, pág. 823.

<sup>690</sup> OÑATE CUADROS, “Diatriba contra las legítimas”, en *El Notario del Siglo XXI*, 32, julio-agosto 2.012, págs. 162-165.

de los sistemas de sucesiones, mayoritarios en nuestro país, tan bienintencionados como ilógicos e incoherentes, a la par que económicamente ineficientes y socialmente contraproducentes. Se impone, concluye, una reforma radical del Derecho de Sucesiones.

Y también, en el mismo sentido, GOMA LANZÓN<sup>691</sup> nos dice: *“puedo asegurar por mi experiencia de más de 20 años autorizando testamentos sujetos al Derecho Común, que muchas personas mayores, con toda la razón o sin ella, me exponen su tristeza o desazón por el abandono de algún hijo, al que, incluso, puede que haga años que no ve o que no tenga noticias de él, mientras otros están a su lado cuidándole. Si pudieran, no le dejarían nada a aquél, y todo a los hijos que en su criterio se están comportando como corresponde”*.

Sin embargo, el malestar al que venimos haciendo referencia se dispara en el caso de los padres o ascendientes con hijos con discapacidad o incapacitados judicialmente, ya que la gran preocupación de éstos suele ser la situación patrimonial en la que quedará este hijo o descendiente una vez que ellos ya no estén, y pese a su situación, no pueden destinar todos sus bienes a estos hijos necesitados de especial protección.

Así, MARÍN CALERO<sup>692</sup> expone que *“hay muchos autores defensores de la idea de eliminar por completo las legítimas de nuestro Ordenamiento; (...) pero aún hay muchos más que propugnan esta supresión cuando hay descendientes discapacitados. Se parte de la base de que todos los padres con hijos con discapacidad desean compensar la desventaja comparativa que estos hijos van a tener necesariamente en relación con sus hermanos”*.

LEÑA FERNÁNDEZ<sup>693</sup> comenta, en la misma línea, que *“ha quedado dicho que, en materia sucesoria, la Ley que comentamos camina en dos direcciones: la primera es la de dar un primer golpe de piqueta en una barrera jurídica, hoy tan trasnochada, entorpecedora, absurda e injusta (¿qué tiene que ver la economía y la familia actual con la de finales del XIX?) como es la imposición legitimaria de nuestro Código Civil,*

---

<sup>691</sup> GOMÁ LANZÓN, *Op. cit.*, pág. 561.

<sup>692</sup> MARÍN CALERO, *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*, Editorial Ramón Areces, Madrid, 2.005, pág. 108.

<sup>693</sup> LEÑA FERNANDEZ, “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”, en *Discapacidad, patrimonio separado y legítima*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2.005, pág. 186.

*sobre todo cuando esa barrera afecta de modo sustancial a la igualdad de oportunidades en materia patrimonial del discapaz en relación con el capaz”.*

Como reflejo del pensamiento de los notarios españoles acerca de la problemática planteada, traemos a colación dos de las conclusiones del “Congreso Notarial por el 150 aniversario de la Ley del Notariado” tras la sesión plenaria de los días 28 a 30 de mayo de 2.011, concretamente, la 10ª y la 11ª, donde se recoge literalmente:

*“10ª.- Se recomienda una reforma sustancial del sistema legitimario del Código Civil, bien suprimiendo las legítimas o bien modificando su sistema de protección y reduciendo su cuantía y ámbito personal.*

*11ª.- El Código Civil debe reconocer a la voluntad del causante un mayor protagonismo para ordenar la sucesión, restringiendo su orden público y dando entrada al testamento mancomunado, a los pactos sucesorios y una mayor amplitud a las instituciones fiduciarias”.*

Recordemos que, hoy en día, y a diferencia de lo que ocurría a finales del siglo XIX, nos encontramos en una sociedad en la que la expectativa de vida es muy alta, lo cual supone, por un lado, que los hijos o descendientes heredan a sus padres en una etapa bastante avanzada de madurez, y que dada la tardía marcha del hogar de los hijos, puede entenderse que aquéllos habrán recibido ya su legítima en vida, en forma de educación, alimentos, etc.; pero, por otro lado, la alta expectativa de vida actual también conlleva con mayor frecuencia a que los ascendientes sobrevivan y hereden a los descendientes.

Por ejemplo, cada vez es más frecuente encontrarnos con casos en los que los abuelos heredan a nietos ya casados cuyos padres no viven; o supuestos como el del padre que hereda al hijo en una tercera parte de su caudal hereditario aunque fuese intención del fallecido que sólo le heredase su viuda; o el de una persona casada y sin hijos cuyo único patrimonio lo constituya la vivienda conyugal, y no pueda dejársela íntegramente a su cónyuge viudo por la limitación de las legítimas de los ascendientes.

O, igualmente, nos resulta injusto el hecho de que en la sucesión *ab intestato* no se reconozca a favor del cónyuge superviviente, al menos, una cuota de la propiedad de los

bienes del causante; sobre todo, de la “vivienda habitual”, en la que han convivido ambos cónyuges y dedicado tanto esfuerzo<sup>694</sup>.

En este sentido, LLEDÓ YAGÜE y MONJE BALMASEDA consideran que “*se hace necesario revisar con carácter de urgencia la posición jurídica-sucesoria del cónyuge viudo/a (mejor ex cónyuge) y/o conviviente supérstite*”.

Nosotros coincidimos con dicho pensamiento, y yendo, incluso, un poco más allá, consideramos que el cónyuge supérstite debería ser el primer legitimario, por delante, incluso, de los hijos, o si no, al mismo nivel. Y, por supuesto, siempre con carácter preferente que los ascendientes del testador, porque si no compartimos el papel secundario que se otorga al cónyuge supérstite frente a los hijos o descendientes del fallecido, mucho menos entendemos el relegar a un segundo plano al cónyuge supérstite frente a los padres o abuelos del causante.

Pero centrándonos, nuevamente, en la legítima que nos interesa en el presente trabajo, que es la de los hijos o descendientes, hemos de preguntarnos: ¿qué heredero no ha recibido de sus padres (mientras éstos vivían) inversiones muy equiparables al pago de la legítima, como, por ejemplo, puede ser la suma de la inversión en educación durante toda la vida, más el pago de alimentos no debidos? ¿Por qué los padres que hayan afrontado estos pagos en vida, tendrán también que dejar por fuerza dos terceras partes de su haber hereditario a favor de sus hijos? Por ejemplo, si el padre sólo tuviese un hijo sin descendencia y no se hablasen desde hace muchos años, ¿es justo que el testador quede obligado a dejarle al hijo las dos terceras partes de su herencia aun no siendo ésta su voluntad?

Por todo ello, nos posicionamos en contra de la falta de libertad de disposición a la que somete el legislador común al testador sobre las dos terceras partes de su herencia (siempre que tenga, al menos, un descendiente), porque, como afirma DÍAZ ALABART<sup>695</sup>, hoy las legítimas de los hijos se pagan en vida.

---

<sup>694</sup> VAQUER ALOY, “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, en *Indret Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, Julio 2.007, [www.indret.com](http://www.indret.com), pág. 1.

<sup>695</sup> DÍAZ ALABART, “La sustitución...”, cit., pág. 261, nota al pie 6.

En el mismo sentido, GONZÁLEZ PORRAS<sup>696</sup> manifiesta en letras mayúsculas que “ANTES DE QUE LLEGUEN LAS LEGÍTIMAS SUCESORIAS LOS HIJOS YA HAN RECIBIDO LA LEGÍTIMA DE ALIMENTOS, EDUCACIÓN E INSTRUCCIÓN”.

Por este tipo de situaciones que se dan, hoy en día, coincidimos con todos los autores que consideran nuestro sistema legitimario anacrónico e incongruente con la realidad social de nuestros días.

Dicho lo cual, lo cierto es que, en nuestra opinión, debemos ser optimistas respecto a una próxima modificación del actual sistema de legítimas, ya que consideramos que se han venido produciendo algunos avances importantes en tal sentido, pocos, pero importantes.

Así, es unánime la doctrina en considerar que las novedades introducidas por la LPPD en el ámbito sucesorio han sido las más importantes al respecto desde la promulgación del C.c. en cuanto al sistema de legítimas se refiere, y que la reforma introducida por dicha ley ha de ser enmarcada no sólo en un contexto de búsqueda de protección de las personas con discapacidad e incapacitadas judicialmente, sino también en el movimiento doctrinal que reclama la modificación de la regulación de la legítima en el C.c.

Expone literalmente NANCLARES VALLE<sup>697</sup> que “*esta reforma ha de ser enmarcada no sólo en un contexto de búsqueda de protección de las personas con discapacidad sino también en el movimiento doctrinal que reclama la modificación de la regulación de la legítima en el Código civil*”.

RAGEL SÁNCHEZ<sup>698</sup> también considera que “*estamos a favor de la completa supresión de la legítima o al menos de su reducción a los casos estrictos en que los familiares cercanos tienen necesidades de subsistencia o de formación...El legislador estatal español ha dado un paso adelante en esa dirección en la Ley 41/2.003, al aumentar la libertad de testar del causante, cuando tiene una finalidad justa a la que atender. Tiene por objeto facilitar el disfrute de los bienes del testador, por parte del descendiente que esté en situación de incapacitación judicial*”.

---

<sup>696</sup> GONZALEZ PORRAS, “Algunas cuestiones...”, cit., pág. 705.

<sup>697</sup> NANCLARES VALLE, “La sustitución...”, cit., pág. 124.

<sup>698</sup> RAGEL SÁNCHEZ, “La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta”, en *Homenaje al Profesor Lluís Puig I Ferriol*, Volumen II, Coordinadores: Abril Campoy y Amat Llari, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2.006, pág. 2.009.

Por su parte, DÍAZ ALABART<sup>699</sup> entiende que *“entre estas últimas modificaciones destaca la nueva redacción del artículo 782 C.c., que rompiendo la regla absoluta (hasta el momento) de la intangibilidad de las legítimas, permite gravar el tercio de la legítima estricta con una sustitución fideicomisaria a favor de hijos o descendientes incapacitados. (...) La primera consecuencia del cambio que se destaca es que una de las características esenciales de la legítima, la imposibilidad de gravarla, su intangibilidad (hasta ahora así lo disponía el artículo 813 C.c.), desaparece para favorecer a los hijos o descendientes incapacitados”*.

Para RIVAS MARTÍNEZ<sup>700</sup>, siempre en la misma línea, *“resulta que la Ley 41/2.003, ha modificado el rígido principio de la intangibilidad de la legítima ampliando las excepciones previstas en el Código Civil...”*.

En el mismo sentido, MAGARIÑOS BLANCO<sup>701</sup> indica: *“últimamente se ha dado entrada (por la Ley 41/2.003 de 18 de noviembre), si bien limitadamente y con el único fin de proteger a los discapacitados, a normas que implican una libertad de decisión en perjuicio de la legítima tradicional”*.

También LLEDÓ YAGÜE y MONJE BALMASEDA<sup>702</sup> consideran que *“nuestro legislador ha acometido en los últimos años algunas modificaciones que han alterado la regla de la intangibilidad de la legítima. En este sentido, la Ley 41/2.003 de 18 de Noviembre, introdujo un nuevo párrafo que dice que (...). Esta Ley de 2.003 ha supuesto una modificación a la intangibilidad de las legítimas”*.

Asimismo, ESPEJO LERDO DE TEJADA<sup>703</sup>, se refiere directamente a la sustitución fideicomisaria introducida por la LPPD, al comentar que *“el único medio jurídico autorizado por el legislador para permitir el gravamen de la legítima es la sustitución fideicomisaria. Se permite que los colegitimarios de un incapacitado puedan percibir su legítima a través de una sustitución fideicomisaria en la que ellos no sucederían en primer lugar, sino tras el fallecimiento del fiduciario (o tras dejar de estar incapacitado)”*.

---

<sup>699</sup> DÍAZ ALABART, “La sustitución...”, cit., págs. 260 y 261.

<sup>700</sup> RIVAS MARTÍNEZ, “Derecho de...”, Cuarta edición., pág. 1.472.

<sup>701</sup> MAGARIÑOS BLANCO, “Libertad de...”, cit., pág. 86.

<sup>702</sup> LLEDÓ YAGÜE y MONJE BALMASEDA, *Reforma del...*, cit., pág. 686.

<sup>703</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, “Artículo 808”..., cit., pág. 792.

GOMÁ LANZÓN<sup>704</sup> por su parte, expone que “*en todos estos años no se ha hecho nada respecto al sistema de legítima, salvo muy pequeños retoques como son los contenidos en la Ley 41/2.003. En esta norma se modifican algunos artículos del Código Civil de carácter sucesorio*”.

Discrepamos de la opinión de este último autor cuando considera las modificaciones de la LPPD en el ámbito sucesorio como “*muy pequeños retoques*”, ya que, si bien es cierto que las reformas introducidas mediante dicha norma únicamente beneficiarán a las personas con discapacidad e incapacitadas judicialmente, particularmente, entendemos que ha sido un primer paso del legislador muy importante el permitir la violación del principio fundamental que rige el sistema de la legítima, como “era” su intangibilidad, aunque se contemple de forma excepcional a favor de los incapacitados.

Una vez expuesto lo anterior, y coincidiendo con ESPEJO LERDO DE TEJADA<sup>705</sup> y RIVAS MARTÍNEZ<sup>706</sup>, hemos de remarcar que el legislador, lejos de modificar por completo el sistema tradicional relativo a la protección cualitativa de la legítima, ha optado por realizar una simple modificación singular, consistente en regular un especial tipo de gravamen sobre la misma que vendría a quedar autorizado tras la reforma de los artículos correspondientes del C.c. Esto parece importante y digno de ser destacado: el legislador no viene hoy a autorizar cualquier gravamen de la legítima, sino sólo el que se verifica a través de la institución de la sustitución fideicomisaria.

Otro de los indicativos que consideramos como señal de una próxima reforma en nuestro sistema legitimario lo apreciamos en el hecho de que el Tribunal Supremo ha comenzado a tomar decisiones que afectan directamente a la intangibilidad de la legítima, ya que nuestro Alto Tribunal es consciente de que la jurisprudencia, como complemento del Ordenamiento jurídico (artículo 1.6 del C.c.), debe interpretar las normas conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (artículo 3.1 del C.c.).

Nos referimos, concretamente, a la ampliación del concepto “*maltrato de obra*” del artículo 853.2 del C.c. como causa de desheredación que el Tribunal Supremo admite

---

<sup>704</sup> GOMÁ LANZÓN, *Op. cit.*, págs. 565 y 566.

<sup>705</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, “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”, en *Revista Jurídica del Notariado*, Enero-Marzo 2.005, págs. 124 y 125.

<sup>706</sup> RIVAS MARTÍNEZ, *Estudios de...*, cit., pág. 1.473.

recientemente, incluyendo en el concepto “*maltrato de obra*” no sólo al maltrato físico, sino también al moral o psicológico.

Establece el artículo 853.2 del C.c. dos causas específicas de desheredación que afectan únicamente a los hijos y descendientes, como son: “1.- *La negativa injustificada a prestar alimentos*; 2.- *El maltrato de obra o la injuria grave de palabra*”.

En relación con este precepto, recoge la Sentencia de 3 de junio de 2.014<sup>707</sup>, en su Fundamento de Derecho Segundo, párrafo 3º que “*en primer lugar, y en orden a la caracterización general de la figura debe señalarse que aunque las causas de desheredación sean únicamente las que expresamente señala la ley (artículo 848 del Código Civil) y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de analogía, ni de interpretación extensiva; no obstante, esto no significa que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo.*

*Esto es lo que ocurre con los malos tratos o injurias graves de palabra como causas justificadas de desheredación, (artículo 853.2 del Código Civil), que, de acuerdo con su naturaleza, deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen”.*

Continúa la Sentencia exponiendo en el siguiente punto del mismo Fundamento que: “*En segundo lugar, y en orden a la interpretación normativa del maltrato de obra como causa justificada de desheredación, en la línea de lo anteriormente expuesto, hay que señalar que, en la actualidad, el maltrato psicológico, como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra...*”.

Y, en el punto 5º, concluye: “*por lo demás, la inclusión del maltrato psicológico, como una modalidad del maltrato de obra, en la línea de la voluntad manifestada por el testador, esto es, de privar de su legítima a quienes en principio tienen derecho a ella por una causa justificada y prevista por la norma, viene también reforzada por el criterio de conservación de los actos y negocios jurídicos que esta Sala tiene reconocido no solo como canon interpretativo, sino también como principio general del derecho*”.

---

<sup>707</sup> RJ 2014, 3900.

La importancia de esta Sentencia, en nuestra opinión, es aún mayor si tenemos en cuenta que en el supuesto enjuiciado el maltratado ni siquiera había requerido la solicitud de alimentos previamente, y aún así, coincidieron el Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia Provincial, y el Supremo, en considerar probado que *“pese a no haber mediado la previa solicitud de alimentos por parte del causante, en cuanto a su trato fue objeto de insultos y menosprecios reiterados y, sobre todo, de un maltrato psíquico voluntariamente causado por los actores que supuso un auténtico abandono familiar”*.

La segunda Sentencia al respecto es la de 30 de enero de 2.015<sup>708</sup>, la cual reproduce íntegramente el pronunciamiento anterior.

Expone BERROCAL LANZAROT<sup>709</sup> que *“en este contexto, consideramos adecuada la interpretación de la sentencia, que reconoce la validez de la desheredación de los hijos por falta de atención y menosprecio, como manifestación del maltrato psicológico, desechando una interpretación restrictiva del maltrato de obra a que se refiere el artículo 853.2 del Código Civil y residenciada, por ende, solo en una concepción física, pues, lo que se pretende no es una interpretación extensiva a supuestos no contemplados como causas legales de desheredación, sino una interpretación de las normas adecuadas al tiempo y a realidad social en la que van a ser aplicadas (art. 3.1 del Código Civil). Con ello se evitarían una transmisión casi automática de los bienes a aquellos hijos o descendientes que han mostrado una actitud de menosprecio y desatención de sus padres, y, asimismo, se proscriben ciertas conductas que, son atentatorias de la dignidad de la persona como valor supremo de nuestro ordenamiento jurídico según proclama la Constitución española”*.

Eso sí, en los casos que venimos planteando, en base al artículo 850 del C.c., siempre que el testador imponga en su testamento la desheredación por maltrato psicológico o moral de un legitimario (desheredado), será el heredero o los herederos que se hayan beneficiado con la desheredación, los que tendrán que probar la certeza de lo manifestado por el testador.

Aun así, los autores que abogan por la eliminación radical del actual sistema de legítimas existente en nuestro Derecho Civil, consideran insuficientes estas nuevas

---

<sup>708</sup> RJ 2015, 639.

<sup>709</sup> BERROCAL LANZAROT, *Op. cit.*, pág. 942.

causas de desheredación. Por ejemplo, O'CALLAGHAN<sup>710</sup>, quien tras la publicación de estas sentencias manifestó: *“es claro que comparto el avance que han supuesto ambas sentencias. En la primera de ellas formé parte de la Sala y me mostré de acuerdo con la ponencia.*

*Pero yo voy más allá. A propósito de estas sentencias fui entrevistado por una periodista de EL PAÍS y a la pregunta final de si convenía ampliar las causas de desheredación respondí que lo que procedía era eliminar la legítima.*

*Mucho antes, en junio de 2.005, en el Colegio Notarial de Madrid, se convocó por la Asociación Joaquín Costa un seminario sobre la libertad de testar en el que tuve el honor de ser invitado a participar y allí expresé mi opinión de que debía suprimirse la legítima, totalmente, pero la del cónyuge viudo debía pasar al derecho de familia y articularse a semejanza de lo que se plantea por el divorcio, que es una causa, como la muerte, de disolución del matrimonio.*

*Finalmente, es preciso llegar a la conclusión final. De lo dicho hasta ahora, ésta se deduce claramente. No tiene sentido modificar o ampliar la desheredación, que es una expresión mínima y poco frecuente de la legítima. Lo que el C.c. debe hacer y decir es que la legítima queda eliminada y consagrada la libertad de testar. Las razones que abonan esta conclusión se desprende de la realidad, realidad social, económica, física y jurídica. Así lo he dicho en múltiples ocasiones, en público y en privado, y lo tengo escrito”.*

Aunque una vez expuesta la opinión del prestigioso autor nosotros nos preguntamos: ¿pero, realmente, necesitamos la eliminación radical de la legítima, o sería preferible la amplitud de la libertad de testar manteniendo, por mínimo que fuese, un porcentaje siempre a favor de los legitimarios?

### **2.2.1.- Mayor libertad del testador en las regiones con Derecho Foral**

No hay dudas de que nos encontramos en el momento de reclamar un debate más amplio en cuanto a la naturaleza de la legítima en el C.c.

---

<sup>710</sup> O'CALLAGHAN, “A vueltas con la desheredación y a revueltas con la legítima”, en *Actualidad Civil*, Nº 5, Mayo 2.015, págs. 6 y 7.

Para ello, simplemente, hemos de volver la mirada hacia la regulación que de la legítima se produce en los diversos Derechos Civiles Forales, donde, como bien apunta PARRA LUCÁN<sup>711</sup>, no ha habido modificaciones revolucionarias, pero sí puede afirmarse que todos los pasos dados apuntan hacia un reconocimiento cada vez mayor de la libertad de disponer y una restricción de la legítima, bien por los sujetos a los que se les reconoce, bien por la cuantía, bien por la naturaleza de los derechos de los legitimarios, y las acciones previstas para su exigencia.

Muy por encima expondremos que, en Aragón<sup>712</sup>, por ejemplo, la legítima se fija en la mitad de la herencia (pudiendo disponer libremente, por tanto, el testador sobre su otra mitad), y se reconoce como únicos legitimarios a los descendientes.

Pero, en Aragón, hablamos de una legítima “colectiva”, lo cual supone una mayor libertad para el testador aragonés, ya que, como refleja el artículo 486.2 del Código de Derecho Foral de Aragón, *“esta legítima colectiva puede distribuirse, igual o desigualmente, entre todos o varios de tales descendientes, o bien atribuirse a uno sólo. Si no se ha distribuido o atribuido de otra manera, la legítima colectiva se entiende distribuida entre los legitimarios de grado preferente conforme a las reglas de la sucesión legal”*.

Es decir, que la legítima “colectiva” se regula como la legítima que corresponde al tercio de mejora existente en el Derecho Común, ya que también en dicho tercio podrá el testador elegir libremente a quién mejora dentro de sus hijos o descendientes y, además, de qué forma hacerlo, si igual o desigualmente entre ellos.

Por todo ello, llegamos a la conclusión de que la amplitud de la legítima aragonesa respecto a la del testador que se ha de regir por el Derecho Común destaca en un doble sentido: por un lado, la legítima aragonesa afecta a menos porcentaje del caudal hereditario (la mitad de la herencia, no las dos terceras partes); y por el otro, el testador aragonés dispone de una mayor libertad sobre su legítima que el testador del Derecho Común.

---

<sup>711</sup> PARRA LUCÁN, “Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio”, en *Anuario Da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N°13, 2.009, pág. 480.

<sup>712</sup> En Aragón, la legítima se regula en el Título Sexto, del Libro Tercero, del Código de Derecho Foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2.011 de 22 de marzo).

Más amplia es todavía la libertad del testador en Cataluña<sup>713</sup>, donde la legítima de los hijos o descendientes es tan sólo la cuarta parte del neto caudal hereditario una vez liquidada la herencia.

Eso sí, en Cataluña la legítima no es colectiva, ya que los legitimarios serán todos los hijos del causante por partes iguales, y a falta de éstos (por premoriencia, indignidad, desheredación, ausencia) se llamará a los descendientes; y, en defecto de todos ellos, se llamará exclusivamente a los ascendientes inmediatos al causante, sin que para éstos exista el derecho de representación (por lo que la legítima no afecta al abuelo respecto al nieto), lo cual hace también que sea más amplia la facultad del testador catalán respecto al del Derecho Común.

Igualmente, hemos de destacar que, en Cataluña, quedará reducido el valor sobre el que se calcula la cuantía de la legítima al haber introducido el legislador que sólo computarán las donaciones hechas en los últimos diez años de vida del causante (artículo 451-5 C.c.)

Menor alcance tiene todavía la legítima en Galicia, donde se establece, mediante la Ley 2/2.006 de Derecho Civil de Galicia, que su cuantía es una cuarta parte del caudal hereditario neto, y que los ascendientes quedan excluidos de la condición de legitimarios.

Pero si hemos de destacar por algo la ley gallega es porque hasta su promulgación en 2.006, el sistema legitimario que regía en Galicia era el del Derecho Común. O dicho de otra forma, el legislador gallego de 2.006, considerando excesivo el alcance de la legítima que rige en el Derecho Común, decidió entonces reducir su alcance a una cuarta parte de la herencia, otorgando así una mayor libertad a la hora de testar a los gallegos.

Por otra parte, nos llama la atención la legítima existente en la Compilación de Derecho Civil Foral del País Vasco (Ley 3/1.992, de 1 de julio), donde la de los descendientes alcanza hasta 4/5 de los bienes hereditarios, aunque en este supuesto, al igual que en Aragón, hablamos de legítima “colectiva”, por lo que el causante podrá elegir libremente cómo repartir entre los hijos o descendientes esas 4/5 partes de la herencia a

---

<sup>713</sup> Regulada en el Título V, del Libro IV del Código civil Catalán, aprobado por la Ley 10/2008, de 10 de julio de 2008.

la que queda obligado. Es como hablar de un tercio de mejora que recae sobre 4/5 partes de la herencia.

Dicho lo cual, no podemos obviar que la mayor libertad de testar que existe en España se regula en el Fuero de Ayala, donde llega a producirse la libertad absoluta de testar, siendo por tanto esta una excepción única en el territorio español, ya que según el artículo 134 de la Ley 3/1992 de Derecho Civil Vasco, los ayaleses “*tienen derecho a disponer libremente por testamento, manda o donación, de todos sus bienes, apartando a sus herederos forzosos con poco o con mucho, como quisieren o por bien tuvieren*”.

El artículo 133.1 de la misma ley recoge que los beneficiados por esta libertad de testar son únicamente las personas con vecindad civil en el ámbito de aplicación territorial del Fuero, cuyo alcance queda regulado en el artículo 131 cuando expone: “*el Fuero de Ayala se aplica en todo el término de los municipios de Ayala, Amurrio y Okondo, y en los poblados de Mendieta, Retes de Tudela, Sata Coloma y Sojoguti, del municipio de Artziniega*”.

Por último, en Navarra, también se consagra el principio de la máxima libertad de testar, sólo dulcificado, tal y como cuenta MAGARIÑOS BLANCO<sup>714</sup>, por la exigencia de atribuir a los herederos forzosos la legítima formal o formularia típica de Navarra, pues los legitimarios deberán ser instituidos en la legítima foral navarra, que consiste en la atribución a cada uno de los herederos forzosos de cinco sueldos febles o carlines y una robada de tierra en los montes comunes. Esta legítima, por otra parte, no tiene contenido patrimonial ni atribuye cualidad de heredero.

El navarro puede, pues, designar libremente heredero y disponer con igual libertad de sus bienes para después de su muerte. Sólo tendrán carácter de herederos forzosos los hijos y sus descendientes. No obstante, existe una limitación a favor de los hijos de un matrimonio anterior, los cuales no deberán recibir de sus padres menos que el más favorecido de los hijos o cónyuge de ulterior matrimonio.

Concluyendo ya con la breve comparación realizada con alguno de nuestros Derechos Forales, entendemos necesario remarcar que todos los legisladores forales que con posterioridad a la promulgación de nuestro C.c. han tenido que regular el sistema de

---

<sup>714</sup> MAGARIÑOS BLANCO, *Op. cit.*, pág. 90.

legítimas, han optado siempre por reducir su cuantía, ampliando con ello la libertad de testar de las personas, si bien nunca han erradicado, de manera definitiva, la legítima.

### **2.3.- Modificación del actual sistema legitimario sin necesidad de supresión del mismo**

Una vez expuesto todo lo anterior, somos conscientes de que exigir la absoluta libertad de testar (por la que abogan no pocos autores) es pasar de un extremo a otro, es decir, pasar de un sistema legitimario de Derecho Común de notable rigidez y que deja poca capacidad de maniobra al causante como el que tenemos en la actualidad, a otro en el que se le otorgan al testador libertad de poderes. Pero, ¿será ésta la solución ideal?

Bajo nuestro punto de vista, no, ya que entre ambos extremos (el de mantener la legítima tal y como existe, o su erradicación total) existe toda una gama de soluciones intermedias, de mayor o menor espíritu reformista.

Son varios los motivos que nos hacen discrepar de la opinión de aquellos que consideran obligatoria la necesidad de erradicar totalmente el actual sistema legitimario, sustituyéndolo por otro en el que exista libertad de testar absoluta a favor del causante.

Desde un punto de vista histórico, en Roma la libertad de testar precedió a la institución de la legítima. Pero, entonces, ¿por qué no se mantuvo la libertad de testar hasta nuestros días, como por ejemplo, sí sucedió con la sustitución fideicomisaria? Pues por la iniquidad de algunos padres que en su testamento (*inofficiosum*) no cumplían sus deberes para con sus hijos. De ahí que se acudiese a la legítima como un remedio (*officium pietatis*) con ciertas injusticias familiares.

También en países del *Common Law* ha sido necesario introducir correcciones a la libertad de testar a favor de los más allegados al testador. Es decir, primero, la libertad de testar y después, para corregirla, la legítima o las disposiciones de la *Family Provision Act*<sup>715</sup>.

En Europa, el debate científico acerca de la “libertad de testar” se viene planteando en los últimos años, llegándose a traducir en algunos Estados en consiguientes reformas.

---

<sup>715</sup> MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, *Op. cit.*, pág. 986.

Cada vez son más las sucesiones en las que existe algún elemento de internacionalidad, y más que se irán conociendo en los próximos años, debido a que las familias formadas por personas de diferentes países son hoy en día una realidad (a ello contribuye la emigración laboral, el fomento de los estudios en el extranjero, etc...).

Sin embargo, y pese al debate todavía no cerrado, sobre la figura, sobre su protección constitucional, sobre la necesidad o no de su reducción, o, incluso, según algunos, su total supresión, lo cierto es que en aquellos Estados en los que existe un sistema de legítimas no ha habido cambios esenciales o radicales.

Podemos tomar como ejemplo Alemania, cuya reforma es reciente. En este país entró en vigor el 1 de enero de 2.010 la Ley de modificación del Derecho de Sucesiones y de la Prescripción, la cual 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 Federal de 19 de abril de 2.005<sup>716</sup>, en la que se declara protegida constitucionalmente la legítima, disipando las dudas existentes al respecto con anterioridad a dicho pronunciamiento judicial.

La referida Sentencia alemana recoge que la legítima de los descendientes es un valor protegido constitucionalmente del que éstos 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<sup>717</sup>.

---

<sup>716</sup> Neue Juristische Wochenschrift, 2005/32, p. 1561.

<sup>717</sup> En particular, considera el Tribunal que no hay mandato constitucional por el que el causante deba conceder un trato igualitario a sus descendientes...que la misma garantía, protección y rango constitucional del artículo 14 (el derecho a la propiedad privada) merece la participación mínima de los hijos en la herencia mediante la regulación vigente de la legítima. Además, afirma que 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. Finalmente, señala que la institución de la legítima tiene una larga tradición histórica y que lo mismo ocurre en los distintos países europeos de tradición romanística. Estima que las legítimas están vinculadas con la protección constitucional de las relaciones entre padres e hijos (artículo 6.1 Constitución alemana).

Dichos artículos de la Constitución alemana coinciden con el artículo 33 de nuestra Constitución, que reconoce el derecho a la herencia, y con el artículo 39, que conlleva la protección de la familia, lo cual hace que nos planteemos si en España, al igual que en Alemania, habría que otorgar a la legítima carácter constitucional, lo cual supondría el carácter inconstitucional de toda ley que tuviese por objeto la supresión de la legítima.

En nuestro país, con anterioridad a la referida sentencia alemana, LÓPEZ Y LÓPEZ<sup>718</sup> ya otorgaba garantía institucional a la legítima, cuando narra que *“articulada la protección de la herencia como un apéndice de la propiedad, le son aplicables prácticamente todas las soluciones previstas para ella a los problemas de su protección constitucional. (...) La garantía institucional de la herencia lo que expresa de una manera primaria es la preservación de un ámbito de poder del individuo sobre sus bienes, mas allá de su muerte, lo que por pura lógica, no es otra cosa sino un círculo de disposición de bienes contemplatione mortis. En el anterior sentido se puede decir que el artículo 33.1 CE garantiza la herencia como institución, significando ello su contemplación no desde la perspectiva de las facultades individuales de los causantes, sino desde la del complejo conjunto de normas ordinarias que se ocupan del derecho a suceder con motivo de la muerte de una persona. Como tal garantía institucional está dirigida principalmente al legislador, el cual puede regular el Derecho Sucesorio contenido en las normas civiles de acuerdo con los principios esenciales del Ordenamiento y las estructuras constitucionales fundamentales”*.

El mismo autor<sup>719</sup> en otras de sus obras, siempre en la misma línea, manifiesta que *“debemos ocuparnos a continuación del enlace de la garantía de la herencia con la de la familia. El Derecho Sucesorio ha sido históricamente un Derecho de tradición familiar. (...) A nuestro modo de ver, y atendiendo, como siempre a lo que hemos dado en denominar el <<rostro histórico>> del Derecho Sucesorio, y muy concretamente el de nuestro país, parece que la vinculación familiar del patrimonio hereditario incluye las siguientes cosas: (...) b) Necesidad de que ciertos parientes, caso de existir, perciban una parte de la herencia, aunque el causante no haya dispuesto tal percepción en caso de testar (sería lo que en nuestra terminología llamamos legítima)”*.

---

<sup>718</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ, “El derecho a la propiedad privada y a la herencia. Función y límites”, en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Moreno Pérez, Molina Navarrete y Moreno Vida (directores), Editorial Comares, Granada, 2.002, págs. 279 y ss.

<sup>719</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ, “La garantía institucional de la herencia”, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, 1.994, pág. 54.

Por todo ello, llegamos a la conclusión de que LÓPEZ Y LÓPEZ<sup>720</sup> otorga a la legítima de nuestro Ordenamiento jurídico la condición de garantía institucional, debiendo de tener en cuenta que para el autor, *“los problemas de la dicotomía <<garantía institucional>> <<derecho fundamental>> son, en buena medida, idénticos a los de otra dicotomía que se enuncie <<garantía institucional>> <<derecho subjetivo constitucionalmente protegido>>. (...) Empero, ello no significa que la protección en las garantías institucionales tenga menor intensidad que en los derechos constitucionalmente tutelados: sencillamente se opera con otras técnicas, en función de su diverso sentido”*.

Una vez expuesto lo anterior, bajo nuestro punto de vista, consideramos que el contenido de la referida sentencia alemana puede ser tenido en cuenta para reforzar la teoría de que deben conciliarse los artículos 33 y 39 de nuestra Constitución, en el sentido de que el Derecho Sucesorio debe seguir conciliando la libertad de disponer, con la necesaria protección de la familia, apostando por el mantenimiento del sistema de legítimas como uno de los medios para conseguirlo.

Eso sí, en nuestra opinión, no es obligatorio que dicho sistema esté compuesto, como sucede en la actualidad, por un sistema de cuotas rígidas.

De la misma opinión es CAÑIZARES LASO<sup>721</sup>, cuando indica que *“a mi juicio, aun entendiendo que una supresión de la legítima material no sería inconstitucional, me parece que en la actualidad y en la línea marcada por la doctrina del Tribunal Constitucional alemán se define esencialmente el fundamento de la legítima, un fundamento que aún hoy debe respetarse. En esa línea creo que la institución de la legítima tiene una larga tradición histórica y que aún se deja sentir entre nosotros. Su fundamento sigue siendo la solidaridad familiar entre generaciones en el seno de la familia”*.

También MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA<sup>722</sup> considera que *“lo dicho no significa que la legítima del Código civil no deba flexibilizarse y reformarse, pero la*

---

<sup>720</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ, “El derecho...”, cit., págs. 256 y 257.

<sup>721</sup> CAÑIZARES LASO, “Legítimas y libertad de testar”, en *Estudios de Derecho de Sucesiones, Liber Amicorum, T. F. Torres García, Domínguez Luelmo, García Rubio y Herrera Oviedo* (coordinadores), Editorial La Ley, Madrid, 2.014, pág. 262.

<sup>722</sup> MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, “Reflexiones sobre la legítima”, en *Estudios de Derecho de Sucesiones, Liber Amicorum, T. F. Torres García, Domínguez Luelmo, García Rubio y Herrera Oviedo* (coordinadores), Editorial La Ley, Madrid, 2.014, pág. 987.

*solidaridad familiar, su efecto distributivo de riqueza y cierta dosis de igualdad entre los hijos recomiendan su mantenimiento. El sistema de la Family Provision Act comporta una complejidad y unos costes más elevados que un sistema de legítimas, que es más simple y económico”.*

Otro de los motivos por los que nos oponemos a la sustitución de la legítima por una plena libertad de testar del causante, es el hecho de que ninguno de los legisladores forales así lo haya decidido, sino que todos optaron, en su día, por una reducción del alcance de la legítima y una mayor libertad de testar de las personas, pero sin llegar a suprimir por completo el sistema legitimario. Como claro y reciente ejemplo, el expuesto anteriormente del legislador gallego de 2.006.

Por último, hemos de tener en cuenta que a la hora de valorar la supresión o no del sistema legitimario no se puede estar, únicamente, al punto de vista de los testadores, ya que, por lógica, éstos se opondrán siempre a su falta de libertad a la hora de testar, abogando, la mayoría de ellos, por la erradicación total de la legítima. Pero si nos retrotrájesemos en el tiempo con estos mismos testadores, por ejemplo, al momento del nacimiento del hijo, o durante su infancia, o durante la etapa de su vida en la que se llevó bien con él, ¿qué respondería el mismo testador a la pregunta de a quién quiere que vayan a parar sus bienes? Seguramente en dichos momentos, el testador apoyaría la teoría de: todo lo mío para mis hijos, y si me sobrevive mi cónyuge primero que vayan a parar a éste. Por ello, entendemos que de cara a una futura reforma, se habrá de tener en cuenta también el sentir social en general, no sólo el punto de vista de los testadores.

El presente epígrafe lo finalizamos con dos conclusiones:

1.- Tras la entrada en vigor de la LPPD no se puede afirmar que la reforma que dicha norma introduce en nuestro Ordenamiento jurídico haya supuesto la desaparición de la intangibilidad de la legítima, sino que lo que se consigue con dicha ley es una ampliación de las excepciones a la misma. De hecho, la regla general sigue siendo la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima.

2.- En nuestra opinión, tal y como ocurrió, recientemente, en Galicia, resulta conveniente modificar el actual sistema legitimario reduciendo sensiblemente el *quantum* que, hoy en día, tan fuertemente limita la libertad de testar del causante. Es decir, que a diferencia de algunos autores que abogan por la erradicación por completo

de nuestro actual sistema de legítimas, nosotros consideramos que lo conveniente sería una reforma del mismo en la línea de conceder una mayor libertad de testar, con la siguiente reducción del porcentaje que compone la legítima. Para ello se nos ocurre el ejemplo de convertir el tercio de mejora en otro tercio libre disposición, pasando, por tanto, el testador español a poder disponer libremente de dos terceras partes de su herencia, y la otra parte seguiría siendo el tercio de legítima estricta. O reduciendo aún más la legítima, en el ejemplo que acabamos de exponer, podría convertirse el tercio de legítima no sólo en legítima estricta, sino mitad del tercio en mejora y mitad de legítima estricta, lo cual supondría que 1/6 parte de la herencia fuese para todos los legitimarios por igual, y sobre otra 1/6 parte el testador pudiese decidir a qué hijo o descendiente beneficia con ella, quedando las restantes 4/6 partes de la herencia de libre disposición.

Con estos ejemplos, la sucesión forzosa quedaría reducida pero no suprimida, ampliándose, de forma considerable, la libertad dispositiva del causante.

Junto a ello, obviamente, se habría de potenciar la legítima del cónyuge viudo, especificar quiénes son legitimarios y reducir, si no suprimir, la legítima de los ascendientes.

Hacemos nuestras las palabras de GOMÁ LANZÓN<sup>723</sup>, cuando, tras admitir la necesidad de reformar el sistema legitimario actual del C.c., manifiesta que, dado que el nivel técnico de la legislación actual es, por regla general, de bajísima calidad (como claro ejemplo, nuestra LPPD), frente a la del Código, que tiene un innegable nivel técnico, sería imprescindible que las profesiones técnicas más cercanas a esta materia, y de manera señalada los notarios, participasen de la manera más activa posible en su redacción, para evitar sustituir una “buena obra española”, por algo de inferior nivel, como decía don FEDERICO DE CASTRO<sup>724</sup>: *“No es el Código la obra cumbre que correspondía a nuestra gloriosa tradición jurídica, pero, dentro de su consciente finalidad modesta, ha sido y sigue siendo útil; sus autores merecen respeto y agradecimiento porque han sabido conservar la esencia tradicional de nuestro Derecho y hacer elegantemente, con los mínimos medios, una buena obra española”*.

---

<sup>723</sup> GOMÁ LANZÓN, *Op. cit.*, págs. 556 y 557.

<sup>724</sup> DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, Tomo I, 2ª Edición, Madrid, 1.949, pág. 210.

### III.- REGULACIÓN DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ESPECIAL

Nuestra doctrina, a día de hoy, tan sólo coincide de forma unánime en una cosa respecto a la sustitución fideicomisaria especial: su finalidad.

Por todos, ALBALADEJO<sup>725</sup>: *“Es claro que, con la posibilidad de la creación del fideicomiso a favor del incapacitado, se persigue dar la libertad al ascendiente de que deje a aquél más medios de los que podría sin la sustitución fideicomisaria, para atender los, sin duda, mayores gastos y menores ingresos que el interesado tendrá por su incapacidad”*.

Finalidad loable, ¿no? ¡Por supuesto!

Sin embargo, prestando atención a la opinión que merece la figura a la doctrina más autorizada en la materia, únicamente podemos llegar a la conclusión de que una cosa es la intención del legislador, y otra diferente si son correctos los cauces usados para su cumplimiento.

Así, PUIG FERRIOL<sup>726</sup> considera que *“puede plantearse la cuestión de si la vía elegida por el legislador de permitir un gravamen sobre el tercio de legítima estricta beneficiará eficazmente al descendiente incapacitado judicialmente”*.

LEÑA FERNÁNDEZ<sup>727</sup>, por su parte, expone que *“parece pretender el legislador, con esta figura, que el padre pueda dejar toda la herencia al hijo incapacitado: en propiedad en cuanto a los tercios de mejora y libre disposición, y en fideicomiso en cuanto al tercio de legítima estricta. No parece, sin embargo, que con el fideicomiso legitimario regulado vaya a solucionar gran cosa, ni que, consiguientemente, vaya a ser muy utilizada la figura”*.

También DÍAZ ALABART nos cuenta que *“en las más de las ocasiones las ventajas que la creación del gravamen supondrán para el incapacitado no tendrán una gran importancia económica, y en todo caso desde luego no proporcionales al perjuicio que se causa con él a los demás legitimarios, máxime cuando está en manos del testador*

---

<sup>725</sup> 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*, N° 35, Madrid, 2.005, pág. 40.

<sup>726</sup> PUIG FERRIOL, “Protección del discapacitado: Aspectos sucesorios”, en *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados*, Bello Janeiro (coordinador), Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2.005, pág. 293.

<sup>727</sup> LEÑA FERNÁNDEZ, *Op. cit.*, pág. 188.

*dejar a su descendiente incapacitado (respetando la legítima estricta) dos tercios de su herencia”.*

En la misma línea, ESPEJO LERDO DE TEJADA<sup>728</sup> entiende al respecto que *“las nuevas normas nos parecen poco afortunadas técnicamente, y que dejan demasiados márgenes a la incertidumbre”.*

GÓMEZ GÁLLIGO escribe que *“además de radical y contraria a nuestra tradición histórica, es una medida de justicia discutible”.*

O, por último, MARTÍNEZ MARTÍNEZ<sup>729</sup> expone: *“esta reforma operada en la que se puede gravar la legítima, entendemos que es una puerta abierta a la confusión y generadora de problemas que el legislador ni pensó ni los quiso y que no están solucionados”.*

Dichas reflexiones nos hacen cuestionarnos, cómo, teniendo la institución especial una finalidad tan loable, puede tener esta valoración doctrinal.

La respuesta es muy sencilla: gracias a la nefasta labor del legislador de 2.003.

Y es que, viendo la deficiente redacción dada a la figura especial, nos planteamos: ¿acaso no era consciente el legislador de 2.003 de las dudas que planteaba de por sí la sustitución fideicomisaria ordinaria<sup>730</sup>? ¿Cómo no las tuvo en cuenta a la hora de redactar la regulación de la figura especial mediante la cual se grava la legítima estricta? ¿Qué sentido puede tener la incomprensible-deficiente redacción dada por el legislador a una figura tan importante?

Por nuestra parte únicamente encontramos un motivo a la regulación dada a la institución especial: la urgencia del legislador español por publicar la LPPD en 2.003, para que su publicación coincidiese con el año europeo de las personas con discapacidad.

De hecho, ese mismo año, ¡qué casualidad!, se aprobaron en diciembre otras dos leyes a favor de dicho colectivo de personas, concretamente, la Ley 51/2.003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de

---

<sup>728</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, “El gravamen...”, cit., pág. 114.

<sup>729</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Op. cit.*, pág. 905.

<sup>730</sup> Dificultades, todas ellas, planteadas en el capítulo anterior.

las personas con discapacidad; y de la Ley 53/2.003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados. Es decir, que en menos de un mes (del 18 de noviembre al 10 de diciembre de 2.003) se promulgaron en España tres leyes a favor de las personas con discapacidad, “curiosamente” todas a final de año, pero, eso sí, el año europeo de las personas con discapacidad.

Por ello, en nuestra opinión, más que de casualidad podríamos hablar de oportunismo legislativo, oportunismo que llevó aparejado prisas, imprecisiones, etc...

En definitiva, las prisas y el oportunismo del legislador de 2.003 de publicar dicho año la LPPD, supuso la nefasta redacción legislativa que venimos denunciando en el presente trabajo.

Viendo el resultado de la ley, podemos manifestar que, ojalá el legislador español a la hora de redactar la LPPD, hubiese actuado conforme a las palabras de DÍAZ ALABART<sup>731</sup>: *“hacerlo sin apresuramiento, teniendo en cuenta cuáles son las necesidades a cubrir, así como el sentir en este punto de nuestra sociedad. Y desde luego tomando en consideración las consecuencias que tiene la reforma de cada precepto en los que se relacionan con él. Esto que siempre es esencial, se hace aquí absolutamente imperativo, porque el Derecho de sucesiones es un sector de los más complejos y elaborados del ordenamiento, en el que cada institución se engarza con otras, y es imposible llevar a cabo una buena reforma si no se considera la complejidad y matices de las figuras junto al funcionamiento del sistema completo”*.

Lo más negativo de todo esto no es que la capacidad del legislador español quede en entredicho, sino que las personas con discapacidad e incapacitadas judicialmente (y, por ende, también sus familias) hayan perdido la oportunidad de contar con una ley que vele por su protección patrimonial de forma mucho más completa, desde todos los puntos de vista.

### **3.1.- Elementos personales**

Comenzamos el apartado dedicado a los elementos personales de la figura especial planteándonos si nos encontramos frente a una institución aplicable a toda la población

---

<sup>731</sup> DÍAZ ALABART, “El discapacitado...”, cit., pág. 55.

española, y la respuesta ha de ser negativa, ya que el ámbito de aplicación de la sustitución fideicomisaria especial se limita al territorio de Derecho Común, teniendo cabida en las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio pero, únicamente, como Derecho supletorio.

En tal sentido, se recoge en el apartado II de la Exposición de Motivos de la LPPD que *“la regulación contenida en esta ley se entiende sin perjuicio de las disposiciones que pudieran haberse aprobado en las comunidades autónomas con derecho civil propio, las cuales tienen aplicación preferente de acuerdo con el artículo 149.1.8ª de la Constitución española y los diferentes estatutos de autonomía, siéndoles de aplicación esta ley con carácter supletorio, conforme a la regla general contenida en el artículo 13.2 del Código Civil”*.

Para nosotros, todas las personas españolas con discapacidad e incapacitadas tendrán las mismas necesidades, o, al menos, similares, independientemente de que vivan en una u otra región, por lo que hubiese sido más lógico la elaboración de una única ley para todo el ámbito nacional<sup>732</sup>, evitando, con ello, lo que ocurre en la actualidad, donde el tratamiento o solución a sus problemas serán distintos, dependiendo del lugar de residencia de la persona con discapacidad o incapacitada, y si ese lugar está sujeto a Derecho Común o a la Legislación Civil Foral o Especial.

Una vez dicho esto, y antes de centrarnos en quiénes podrán ostentar el cargo de fideicomitentes en la figura especial, entendemos igualmente importante remarcar que el hecho de ser incapacitado no lleva implícito el favorecerse automáticamente de dicha medida de protección, sino que dependerá únicamente del testador, que es el que podrá ejercitar la facultad que le ha sido conferida por el legislador conforme a lo dispuesto en el artículo 808.3 del C.c., donde se establece que *“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”* (la negrita es nuestra).

---

<sup>732</sup> En todo aquello que fuese más favorable que lo existente, al respecto, en los Derechos Forales.

De ahí que, en realidad, la sustitución fideicomisaria especial será una norma de protección patrimonial a favor de los incapacitados únicamente en los casos en los que los padres o ascendientes de éstos así lo decidan.

Hemos de exponer, desde el principio del estudio de la figura especial, que la regulación de ésta será la misma que existe para la regulación de la sustitución fideicomisaria ordinaria, tal y como expone RAGEL SÁNCHEZ<sup>733</sup> cuando afirma que “*el régimen del fideicomiso seguirá las pautas recogidas en los arts. 781 y ss. C.c....*”; o MARTÍNEZ RIVAS<sup>734</sup> cuando entiende que “*además de estos preceptos específicos introducidos por la reforma, serán también aplicables de reforma supletoria los preceptos generales relativos a las sustituciones fideicomisarias en general (arts. 781 a 789 C.c.) siempre que sean aplicables*”; o, por último, PEREÑA VICENTE<sup>735</sup> al considerar que “*la falta de previsión del legislador hace que debemos aplicar el régimen jurídico de las sustituciones fideicomisarias en general a todo lo que no se encuentre especialmente regulado...*”.

Con independencia de ello, existen una serie de conflictos doctrinales acerca de varios aspectos de la regulación de la sustitución fideicomisaria especial, los cuales pasamos a estudiar detenidamente en el presente trabajo, siendo nuestra intención la de aportar la opinión de parte de nuestra doctrina más autorizada al respecto, poniendo de manifiesto, en todo momento, nuestro parecer en cada una de las cuestiones que abordemos.

### **3.1.1.- El fideicomitente**

El fideicomitente en la sustitución fideicomisaria especial introducida por la LPPD podrá ser cualquiera de los padres o ascendientes respecto de sus hijos o descendientes incapacitados judicialmente.

Nadie más podrá establecer en testamento esta figura especial, lo cual descarta en el papel de fideicomitente a los hijos o descendientes para beneficiar a los padres o ascendientes incapacitados judicialmente, así como al cónyuge que quiera proteger al cónyuge incapacitado judicialmente, lo cual, bajo nuestro punto de vista, carece de

---

<sup>733</sup> RAGEL SÁNCHEZ, “Artículo 808”..., cit., pág. 5871.

<sup>734</sup> MARTÍNEZ RIVAS, *Derecho de...*, cit., pág. 1473.

<sup>735</sup> PEREÑA VICENTE, “El Derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado”, en *Diario La Ley*, N° 5957, febrero 2.004, pág. 2.

sentido, chocando incluso esto frontalmente con uno de los objetivos de la Ley 41/2.003, como es el de proteger también a las personas mayores<sup>736</sup>.

MARÍN CALERO<sup>737</sup> al compartir su experiencia acerca de la intención de los testadores, cuenta que *“casi siempre se refieren a alterar el orden de la sucesión, para introducir al cónyuge antes que a los hijos, por ejemplo, no suponen de ningún modo un apartamiento de éstos, pues el deseo claramente manifestado es el de que los bienes, tras heredarlos el cónyuge, terminen pasando a los hijos. La frase más popular y que mejor sintetiza el tan conocido como inexistente “testamento del uno para el otro” es un poco más larga: “testamento del uno para el otro...y, luego, a los hijos”*.

Parece lógico afirmar que el deseo del testador de beneficiar al cónyuge supérstite será mucho mayor cuando éste sea una persona incapacitada.

Sin embargo, la doctrina es casi unánime al considerar que no podrán aparecer como fideicomitentes de la figura especial los hijos, descendientes o cónyuges de personas incapacitadas judicialmente.

En este sentido, RAGEL SÁNCHEZ<sup>738</sup> razona que *“los legitimarios ascendientes y el cónyuge viudo no entran dentro del ámbito del precepto que estamos estudiando, aunque a alguna autora (en nota al pie aclara que es DÍAZ ALABART) le parece que no hay inconveniente insalvable para que pudiera hacerse. A nuestro juicio, el precepto es claro y sólo puede aplicarse a los descendientes. Se ha querido impedir que la incapacitación judicial de personas mayores o maduras obstaculice el reparto de la herencia, lo que no deja de ser paradójico, pues se trata de los supuestos en los que es previsible una menor duración del encargo fiduciario”*.

Coincidimos con el autor en entender que, en realidad, tales supuestos serían los menos perjudiciales para los fideicomisarios, ya que, por naturaleza, la sustitución fideicomisaria establecida a favor de un padre, madre o ascendiente incapacitado, deberá durar menos que aquélla fijada a favor de un hijo o descendiente incapacitado, y por ende, el tiempo de duración del gravamen que deberían soportar los fideicomisarios será menor.

---

<sup>736</sup> Como son, por ejemplo, las personas que sufren la enfermedad del alzheimer, y que recoge la Exposición de Motivo de la LPPD cómo personas a proteger mediante dicha ley.

<sup>737</sup> MARÍN CALERO, *Op. cit.*, pág. 109.

<sup>738</sup> RAGEL SÁNCHEZ, “Artículo 808”..., cit., pág. 5.861.

LEÑA FERNÁNDEZ<sup>739</sup>, por su parte, considera que *“no cabe, por tanto, el gravamen con esta figura de la legítima del cónyuge o ascendientes, ni cabe tampoco el gravamen con este fideicomiso de la legítima estricta del hijo o nieto incapacitado a favor de su cónyuge o a favor del cónyuge del testador”*.

En la misma línea, GÓMEZ GÁLLIGO<sup>740</sup> estima que *“ningún otro testador puede imponer esta sustitución fideicomisaria: no pueden hacerlo los hijos o descendientes respecto de sus padres o ascendientes, ni el cónyuge causante en beneficio del cónyuge sobreviviente incapacitado”*.

RUEDA ESTEBAN<sup>741</sup> tras exponer el argumento de DÍAZ ALABART, comenta que *“esto último, a mi juicio, es más difícil de aceptar, por cuanto la norma es excepcional y por lo tanto debe interpretarse de forma restrictiva. Lo cierto es que el legislador no lo ha dispuesto así y por lo tanto con el texto vigente no es aceptable”*.

Los autores TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO<sup>742</sup> consideran que *“fiduciarios serán el o los legitimarios judicialmente incapacitados, y fideicomisarios los otros legitimarios no incapacitados. Con ello se excluye a otros grupos de legitimarios (padres o ascendientes y cónyuge viudo) de la posibilidad de ser beneficiarios de una situación como la descrita, pues el art. 808 C.c. sólo es aplicable a hijos o descendientes”*.

O, por último, MORENO FLÓREZ<sup>743</sup> nos dice que *“ningún otro testador (fuera del padre o ascendiente) podrá establecer esta sustitución; por tanto queda vedada a los descendientes respecto de sus ascendientes incapacitados, y al cónyuge causante respecto de su consorte supérstite incapacitado”*.

En el sentido opuesto, de ahí que antes afirmásemos que la doctrina es “casi” unánime al respecto, se posiciona DÍAZ ALABART, que considera que *“puede llamar la atención que puestos a permitir que se grave la legítima estricta no se haya pensado en extender la posibilidad al caso de que sea el cónyuge del testador (o su ascendiente) el que esté incapacitado judicialmente puesto que su legítima es mucho más corta, y por razón de edad ese fideicomiso sería más natural. Ciertamente que los hijos verían cómo*

---

<sup>739</sup> LEÑA FERNÁNDEZ, *Op. cit.*, pág. 188.

<sup>740</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, “La sustitución...”, *cit.*, pág. 13.

<sup>741</sup> RUEDA ESTEBAN, *Op. cit.*, pág. 589.

<sup>742</sup> TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, *Op. cit.*, pág. 1.903.

<sup>743</sup> MORENO FLÓREZ, *Op. cit.*, pág. 1.009.

*de hecho se les reduce su legítima pero si eso es posible en beneficio de un hermano (o medio hermano con tal de que la sucesión sea la del progenitor común), no hay inconveniente insalvable para que pudiera hacerse en beneficio del cónyuge, o de un ascendiente”.*

Lo cierto es que apoyando esta teoría no hemos encontrado ningún otro autor.

En nuestra sociedad, los familiares que con más frecuencia se incapacitan son los padres, ascendientes y los cónyuges<sup>744</sup>, y sin embargo dichas personas no podrán beneficiarse de una institución cuya finalidad es la protección de las personas incapacitadas<sup>745</sup>.

Dicha afirmación de que los padres, ascendientes y cónyuges supérstites incapacitados no pueden ser beneficiados mediante la institución especial que venimos estudiando, puede ser tomada como ejemplo para reafirmar que, efectivamente, el legislador de 2.003 dejó escapar la ocasión de la LPPD para publicar una ley mucho más contundente en cuanto a la protección de las personas con discapacidad y personas incapacitadas.

Así, GONZÁLEZ PORRAS<sup>746</sup> indica que “*la nueva Ley parte de un único supuesto: que la protección se dispensa con referencia legal expresa a los hijos y descendientes del causante, a todos por supuesto, matrimoniales, no matrimoniales y adoptivos, ¿pero qué pasa con el cónyuge o compañero sentimental o con los ascendientes del causante? Yo creo que es una laguna imperdonable por muchas razones*”.

Y nosotros nos preguntamos: ¿acaso no le bastaba al legislador con exigir el estado civil de incapacitación como *conditio iuris* para ser fiduciario de la institución especial? ¿No hubiese sido mucho más razonable que la ésta pudiese establecerse en beneficio de cualquier persona incapacitada?

---

<sup>744</sup> Debido a las edades tan elevadas que se alcanzan, hoy en día, en nuestra sociedad (por naturaleza, un señor o una señora de 80 años tendrá muchas más posibilidades de sufrir algún tipo de enfermedad física o psíquica persistente que aconseje su incapacitación, que un joven de 30 o 40 años).

<sup>745</sup> En este sentido FUENTESECA DEGENEFFE, “Aspectos sucesorios de la Ley 41/2.003, 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*, González Porras y Méndez González (coordinadores), Tomo I, 2.004, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, pág. 1.748.

<sup>746</sup> GONZÁLEZ PORRAS, “Algunas cuestiones...”, cit., pág. 704.

En nuestra opinión, por paradójico que resulte, lo que el legislador pretende conseguir excluyendo a los padres, ascendientes y cónyuges como posibles fiduciarios es que no se produzca un gran número de sustituciones fideicomisarias especiales en nuestro Ordenamiento jurídico, lo cual, dicho de otra forma, supone que, por un lado, el legislador español de 2.003 introdujo en nuestro Ordenamiento una figura de enormes consecuencias jurídicas, pero, al mismo tiempo, decidió restringir al máximo su ámbito de aplicación para que dicha institución fuese lo menos usada posible.

¿Tiene esto algún sentido? Para nosotros ninguno, al igual que la redacción otorgada a la institución especial.

### **3.1.2.- El fiduciario**

Tal y como acabamos de exponer, las únicas personas que pueden ser instituidas como fiduciarios de la sustitución fideicomisaria especial son los hijos o descendientes incapacitados judicialmente.

Nosotros, a lo largo del presente estudio, por ser lo más común, al hacer referencia a los descendientes del testador nombraremos a los nietos, si bien también cabe la posibilidad de que se dé a favor del resto de descendientes.

#### **3.1.2.a).- Hijo o descendiente incapacitado judicialmente como único posible fiduciario**

Como ya hemos expuesto en el presente trabajo, las personas con discapacidad no podrán ser beneficiarias de esta medida que introduce la ley titulada “de protección patrimonial de las personas con discapacidad”, ya que únicamente podrán beneficiarse de dicha ley las personas que hayan sido incapacitadas judicialmente mediante sentencia firme. Es decir, que una persona afectada por una profunda discapacidad, ya sea física o psíquica, que tenga la necesidad de afrontar cuantiosos gastos para vivir dignamente y desarrollarse como persona, no podrá verse beneficiada por la sustitución fideicomisaria especial, siempre y cuando no haya sido incapacitada judicialmente.

No obstante, la indisponibilidad de la institución por parte de las personas con discapacidad no es el único perjuicio que éstas habrán de afrontar a raíz de la publicación de la LPPD, y más concretamente, a raíz de la introducción de la institución especial en nuestro Ordenamiento, ya que a partir de 2.003, podrá darse el caso, aunque ciertamente no creemos que sea lo más frecuente, de que un testador establezca la sustitución fideicomisaria especial sobre el tercio de legítima estricta a favor de un hijo o descendiente incapacitado judicialmente, relegando al mismo tiempo a otro de sus hijos o descendientes con discapacidad a la condición de fideicomisario.

O lo que es lo mismo, a través de la regulación dada a la sustitución fideicomisaria especial, las personas con un hijo o descendiente incapacitado podrán decidir si desheredan “temporalmente” a otros hijos o descendientes con discapacidad, constituyendo una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor del hijo o nieto incapacitado, asignándole al mismo tiempo a éste los tercios de mejoras y de libre disposición. Y todo ello gracias a una ley cuya finalidad es la protección patrimonial de las personas con discapacidad.

En nuestra opinión, no sería justo que cualquier persona con discapacidad pueda convertirse en fiduciario de la sustitución fideicomisaria especial. Sin embargo, consideramos que el legislador podría haber superado este sinsentido que venimos comentando, simplemente, con una redacción de la norma un poco más acertada, como por ejemplo, se nos ocurre, acabar el párrafo 3º del artículo 808 del C.c. de la siguiente forma: *“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, **condición esta última que jamás podrán ostentar las personas con discapacidad reguladas en esta ley**”*.

Con la frase remarcada en negrita, se excluiría del perjuicio de ser “temporalmente” fideicomisario sobre su propia legítima estricta, a todas aquellas personas que sufran un grado igual o superior al 33% discapacidad psíquica, y 65% discapacidad física o sensorial.

### **3.1.2.b).- Los descendientes incapacitados del testador, ¿deben ostentar la condición de legitimarios para poder ser instituidos fiduciarios?**

Otro problema que surge como consecuencia de la falta de claridad de la redacción dada a LPPD, es el de si podrán o no ser fiduciarios de la figura especial los descendientes incapacitados cuando alguno de sus ascendientes viva, y no hayan sido desheredados ni declarados indignos para suceder.

O lo que es lo mismo, ¿podrá el testador atribuir el tercio de legítima estricta a favor de su nieto incapacitado cuando éste no sea legitimario por vivir su padre?

En base al artículo 782 del C.c. podría pensarse que sí, ya que en él no se exige al nieto fiduciario la condición de legitimario, haciéndose, simplemente, referencia a una sustitución fideicomisaria “*en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado*”.

Sin embargo, el artículo 808.3 del C.c. atribuye la condición de fideicomisarios de la figura especial a “*los co-herederos forzosos*”, lo que parece indicar que éstos comparten la condición de herederos forzosos con el fiduciario, lo cual no sucedería si apareciese el término “herederos forzosos”, en vez de “coherederos forzosos”.

Como en la gran mayoría de las cuestiones que nos planteamos en el presente capítulo, no existe unanimidad doctrinal al respecto.

Por un lado, existen autores que consideran que el fiduciario ha de ser, necesariamente, un descendiente legitimario. Así, por ejemplo, ALBALADEJO<sup>747</sup> entiende: “*y que han de ser legitimarios los descendientes incapacitados del testador que pueden ser nombrados fiduciarios de las legítimas estrictas de los demás legitimarios, lo es por la sencilla razón de que los descendientes que no sean legitimarios, no pueden tener derecho alguno a legítima y menos a gravamen de legítima estricta de otros*”.

RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN<sup>748</sup> también considera que “*todas las personas afectadas por la sustitución, tanto fiduciarios como fideicomisarios, tengan que pertenecer al grupo de legitimarios efectivos: fiduciarios, como aclara el nuevo apartado 3º del art. 808, serán ‘hijos o descendientes judicialmente incapacitados’, y fideicomisarios, ‘los*

---

<sup>747</sup> ALBALADEJO, “A vueltas...”, cit., pág. 173.

<sup>748</sup> RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, *Op. cit.*, pág. 363.

*coherederos forzosos’; es decir, los que son colegitimarios juntamente con el fiduciario. Más allá de a estos otros ‘coherederos forzosos’ no se puede extender el gravamen que representa la sustitución fideicomisaria, conclusión a la que se llega no sólo por la expresión que utiliza el legislador (‘coherederos forzosos’), sino también porque, como ya se ha apuntado, el tercio de legítima tiene unos destinatarios predeterminados”.*

Siempre en la misma línea, para RIVAS MARTÍNEZ<sup>749</sup> “*el abuelo no puede atribuir al nieto, viviendo su padre intermedio (en este supuesto el nieto no es legitimario de su abuelo), los beneficios que prevé el artículo 808.3, pues el gravamen solamente parece que tiene sentido en los casos en que concurran legitimarios del mismo grado, lo que aparecerá cuando el llamamiento se haga al nieto por derecho de representación, ya que en este caso ya se ha producido la premoriencia del padre intermedio y en consecuencia el nieto es legitimario del abuelo”.*

SERRANO GARCÍA<sup>750</sup> igualmente señala que “*la necesidad de que los fideicomisarios sean “coherederos forzosos” significa que los hijos o descendientes tienen que ser legitimarios. Los hijos por derecho propio (art. 932) y los descendientes por derecho de representación (art. 933). Fideicomisarios tienen que serlo el resto de legitimarios, sin posibilidad de excluir a ninguno”.*

Por su parte, O’CALLAGHAN<sup>751</sup> entiende que “*no lo dice el párrafo que se comenta, pero parece que el hijo o descendiente beneficiado por la sustitución fideicomisaria debe ser además legitimario del causante, por lo que quedan fuera del supuesto legal aquellos casos en que, existiendo hijos legitimarios, el causante tuviese un descendiente ulterior (por ejemplo, un nieto) incapacitado judicialmente; caso este en que podría establecerse una sustitución fideicomisaria a su favor que gravase el tercio de mejora, pero no el de legítima estricta”.*

ESPEJO LERDO DE TEJADA<sup>752</sup> coincide con todos los autores que acabamos de exponer, en cuanto a la imposibilidad de que un nieto incapacitado judicialmente que no ostente la condición de legitimario del testador pueda ser instituido fiduciario de la figura especial que venimos estudiando.

---

<sup>749</sup> RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de...*, cit., pág. 1.477.

<sup>750</sup> SERRANO GARCÍA, “Discapacidad...”, cit., pág. 114.

<sup>751</sup> O’CALLAGHAN, “Artículo 808...”, cit., pág. 798.

<sup>752</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, “El gravamen...”, cit., págs. 138 y 139.

En cambio, discrepa de todos ellos cuando manifiestan que el nieto que sea legitimario por premoriencia, indignidad o desheredación de su padre, sí podrá ser, entonces, instituido como fiduciario de la sustitución fideicomisaria especial. O dicho de otra forma, para dicho autor, ni siquiera en los casos en los que el nieto incapacitado sea legitimario podrá ser instituido fiduciario, ya que, según él, si se permitiese al nieto legitimario ser el fiduciario de la figura especial, *“se podría producir una situación algo absurda e ilógica porque podría darse el caso de que la diferencia de edad entre el incapacitado fiduciario y los legitimarios fideicomisarios sea tan grande que las posibilidades de que éstos perciban los bienes sea puramente ilusoria (aunque esa diferencia de edad también puede existir entre hermanos en la hipótesis típica en que los colegitimarios sean del mismo grado, ello será menos frecuente). Por ello cabe pensar que el gravamen previsto por el legislador sólo tiene sentido en los casos en que concurren legitimarios del mismo grado (lo que, obviamente, puede ocurrir también cuando el llamamiento se haga por derecho de representación); o si, concurriendo legitimarios de grado diferente, el legitimario incapacitado pertenezca al grado más próximo”*.

Siguiendo este planteamiento tan sólo encontramos a MARTÍNEZ MARTÍNEZ<sup>753</sup>, que expone *“el gravamen previsto por el legislador sólo tiene verdadero sentido en los casos en que concurren legitimarios del mismo grado, o bien cuando concurriendo legitimarios de grado diferente, el legitimario incapacitado pertenezca al grado más próximo”*.

Tal afirmación supone que el nieto incapacitado sólo podrá ser instituido fiduciario cuando concurra a la herencia con sus primos. ¿Cómo pensar que esta era la verdadera intención del legislador? No compartimos la teoría defendida por estos dos autores, teniendo la misma un escasísimo eco entre el resto de la doctrina.

De hecho, entendemos que, de haber sido esa realmente la intención del legislador, la redacción del artículo 808.3 del C.c. hubiese sido otra diferente, como por ejemplo, algo parecido a: *“...siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios únicamente los coherederos forzosos que pertenezcan al grado más próximo al testador”*.

---

<sup>753</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Op. cit.*, pág. 905.

Bajo nuestro punto de vista, en base a la finalidad con la que se promulgó la LPPD, su regulación, y el contenido de nuestro C.c., lo que carecería por completo de sentido es no poder otorgar la condición de fiduciario al nieto legitimario incapacitado, ya que el legislador, a la hora de promulgar la LPPD, nunca tuvo en cuenta las consecuencias que podrían derivar de la diferencia de edad existente entre el fiduciario incapacitado y el fideicomisario, motivo en el que se basaban los autores antes citados para defender su teoría. De hecho, de haberle preocupado tal cuestión, tal vez hubiese preferido como posibles fiduciarios a los padres o ascendientes del testador, o incluso a los cónyuges supervivientes, consiguiéndose, entonces, unas sustituciones fideicomisarias mucho más breves, al ser entonces, por regla general, los fiduciarios serían personas de una edad bastante avanzada. Sin embargo hizo todo lo contrario, ya que fijó como posibles fiduciarios especiales a los hijos o nietos incapacitados judicialmente, estableciendo, con ello, la posibilidad de unas sustituciones fideicomisarias mucho más duraderas.

Justo en la otra corriente doctrinal, la de considerar que los descendientes incapacitados judicialmente podrán ser siempre nombrados fiduciarios por el testador, sean o no legitimarios, destaca, entre otros muchos autores, DÍAZ ALABART<sup>754</sup>.

La autora (entendemos que por considerarlo evidente) ni siquiera repara en dedicarle alguna línea a dicha afirmación, sino que así lo reconoce cuando está pronunciándose sobre el cese de la sustitución fideicomisaria especial por recuperación de la capacidad del fiduciario, momento éste en el que afirma que *“si el incapaz no era hijo del testador sino descendiente, al desaparecer el fideicomiso vuelve la legítima estricta a su plena naturaleza, porque los que la reciben no es tanto por ser fideicomisarios sino legitimarios gravados con el fideicomiso, así que si vive el progenitor del descendiente, será éste y no aquél quien haga suya la cuota de legítima estricta que le corresponda”*.

Con dicha afirmación, la autora está afirmando que el descendiente del testador podrá ser nombrado fiduciario en la sustitución fideicomisaria especial, aunque viva su padre, que será el legitimario.

Igualmente, RAGEL SÁNCHEZ<sup>755</sup> considera que *“no es preciso que el fiduciario sea legitimario, lo que incluye dentro de la protección de la norma a los descendientes*

---

<sup>754</sup> DÍAZ ALABART, “La sustitución...”, cit., pág. 263.

<sup>755</sup> RAGEL SÁNCHEZ, “La sustitución...”, cit., pág. 2.005.

*cuando en el momento del fallecimiento del causante vivan sus padres, abuelos y bisabuelos que sean legitimarios”.*

También RIPOLL SOLER<sup>756</sup> expone que *“como para la legítima en general, el precepto se está refiriendo al padre o ascendiente en relación con el hijo o descendiente, entendido como persona ligada por parentesco en línea recta sin ascendiente directo vivo intermedio. Por tal motivo, beneficiario de la nueva disposición podrá serlo no sólo el hijo del testador sino también su nieto, hijo de padre premuerto, aunque concorra con otros hijos del testador”.*

GÓMEZ GÁLLIGO, en el mismo sentido, manifiesta que *“no es necesario para beneficiar a los nietos y demás descendientes, designándoles fiduciarios, que el hijo (padre o madre del nieto favorecido) esté premuerto o sea incapaz de aceptar la herencia. Debe seguirse aquí la misma interpretación doctrinal y jurisprudencial que se hace de la regulación de la mejora en el artículo 823 del C.c.”.*

MARTÍN MELÉNDEZ<sup>757</sup>, por su parte, señala que *“al igual que la mejora, en principio, no tenía por qué poder atribuirse al nieto viviendo el padre y, sin embargo, la Ley lo permite, en nuestro caso, es también la Ley la que quiere que al descendiente incapacitado no legitimario pueda atribuírsele como fiduciario la legítima de los legitimarios”.*

PEREÑA VICENTE<sup>758</sup> comenta que *“el padre podrá dejar toda la herencia a uno de sus hijos, o lo que es más grave, a uno de sus nietos o ulteriores descendientes viviendo los intermedios. Es decir, podrá convertir en legitimarios a los nietos cuando los padres viven y tienen capacidad para heredar, lo que supone un cambio radical en la estructura de las legítimas, en las que, como en la sucesión intestada, el pariente más próximo excluye al más remoto”;* y en otro de sus trabajos<sup>759</sup> la autora manifiesta siempre en esta línea que *“a pesar de la literalidad del precepto, entendemos que debe admitirse esta posibilidad, porque creemos que la utilización de esta expresión es una más de tantas imprecisiones de la Ley, que hubiese sido más ajustada si hubiera declarado fideicomisarios a ‘los demás herederos forzosos’”.*

---

<sup>756</sup> RIPOLL SOLER, *Op. cit.*, págs. 824 y 825.

<sup>757</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, *Op. cit.*, pág. 75.

<sup>758</sup> PEREÑA VICENTE, “La sustitución...”, *cit.*, pág. 693.

<sup>759</sup> PEREÑA VICENTE, “Asistencia y...”, *cit.*, pág. 697.

FUENTESECA DEGENEFFE<sup>760</sup> recoge, al respecto: *“otro aspecto llamativo de la nueva redacción del art. 782 radica en que se beneficia a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado. Surge aquí la cuestión de si el gravamen puede beneficiar a un nieto. Conforme al tenor literal de esta novedosa redacción del art. 782 que menciona a los descendientes, podría entenderse que sí cabría establecer una sustitución fideicomisaria en beneficio de un nieto judicialmente incapacitado”*.

ALVAREZ MORENO<sup>761</sup>, también considera: *“pero al permitir la constitución a favor de hijos o descendientes no se excluye que padre viviente la legítima estricta se grave a favor de un descendiente ulterior del causante que haya sido incapacitado, gravando con el fideicomiso la legítima estricta de su propio progenitor y de sus tíos”*.

Por último, NANCLARES VALLE<sup>762</sup> expone que *“teniendo en cuenta que la reforma legal no ha hecho sino aproximar funcionalmente la legítima estricta a la mejora, conservando su naturaleza jurídica pero permitiendo su utilización provisional con fines de mejora, se entiende que la expresión ‘hijos o descendientes’ sea interpretada en el mismo sentido que en materia de mejora, esto es, permitiendo su atribución a los nietos del causante, pese a no ser legitimarios por vivir y poder suceder el descendiente intermedio”*.

Nosotros nos adherimos a esta última corriente doctrinal, por todos los motivos esgrimidos por los autores recién mencionados, ya que, de no ser así, se podría dar el sinsentido de que un testador con un nieto incapacitado pudiese protegerlo mediante la sustitución fideicomisaria especial cuando su padre hubiese fallecido, o fuese indigno para suceder; pero, en cambio, si el padre viviese y no fuese indigno, el mismo testador no podría proteger al mismo nieto. ¿Realmente puede entenderse que ésta sería la verdadera intención del legislador del año europeo de las personas con discapacidad?

También consideramos que junto a la equiparación de la figura con la permitida en la mejora (misma redacción), existe otro motivo que nos lleva a considerar, sin ningún género de dudas, que cualquier nieto incapacitado judicialmente, sea o no legitimario, puede ser beneficiario de la sustitución fideicomisaria especial. Aunque sin apoyo

---

<sup>760</sup> FUENTESECA DEGENEFFE, *Op. cit.*, pág. 1.748.

<sup>761</sup> ALVAREZ MORENO, “La protección de los discapacitados en el Derecho Español”, en *Familia y Discapacidad*, Díaz Alabart (coordinadora), Colección Scientia Iuridica, Universidad San Pablo, Madrid, 2010, pág. 36.

<sup>762</sup> NANCLARES VALLE, “La sustitución...”, *cit.*, pág. 145.

doctrinal (porque ninguno de los autores mencionados repara en este argumento), nos referimos a que, mientras el legislador se preocupa en el apartado VII, b), de la Exposición de Motivos de la LPPD en remarcar que el beneficiario de la sustitución fideicomisaria especial sólo podría ser un “*hijo o descendiente judicialmente incapacitado*”, justo en el siguiente apartado, el VII, c) introduce el derecho de habitación a favor de persona con discapacidad, donde esta vez sí que el legislador hace hincapié en que esta medida de protección favorecerá a “*las personas con discapacidad que sean legitimarias*” y “*al legitimario con discapacidad que lo necesite*”.

Por eso, creemos que de haber sido, realmente, la intención del legislador de la LPPD la de beneficiar mediante la sustitución fideicomisaria especial, exclusivamente, a los descendientes legitimarios incapacitados judicialmente, lo habría reflejado tal y como sí hizo en relación al derecho de habitación tan sólo un párrafo después.

Una vez expuesto lo anterior, consideramos que el argumento número séptimo esgrimido por ALBALADEJO<sup>763</sup> para apostar por los descendientes legitimarios como únicos posibles fiduciarios de la sustitución especial pierde fuerza, ya que recogía el prestigioso profesor que “*en conclusión: para entender que el art. 808.3º, al hablar de los descendientes, se refiere también a los que no sean legitimarios, debería haberlo especificado*”.

En nuestra opinión es justo al revés, de haber sido intención del legislador favorecer, únicamente, a los descendientes legitimarios como posibles fiduciarios de la sustitución fideicomisaria especial debería haberlo especificado, tal y como hizo en el siguiente párrafo en relación con los posibles beneficiarios del derecho de habitación.

Por todo ello, consideramos que no hay ninguna duda de que beneficiarios de la figura especial introducida por la LPPD son tanto los hijos como los descendientes incapacitados judicialmente del testador, con independencia de que sean o no legitimarios de éste.

---

<sup>763</sup> ALBALADEJO, “El gravamen...”, cit., págs. 42 y 43.

### **3.1.2.c).- Posibilidades del testador frente a la pluralidad de hijos o descendientes incapacitados**

Otras de las incertidumbres que a día de hoy existentes en nuestro Ordenamiento jurídico referente a la institución especial, es la de qué ocurrirá en el caso de que el testador tenga más de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado.

¿Deberá, por fuerza, instituir a todos ellos como fiduciarios, o podrá el testador elegir a uno frente a los otros? ¿Qué sucede, entonces, con el resto de hijos o descendientes incapacitados que no hayan sido nombrados fiduciarios? ¿Verán gravada su porción de legítima estricta aun siendo personas incapacitadas judicialmente?

Lo cierto es que si nos atenemos a la literalidad del art. 808.3 del C.c., “...*siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados...*”, se podría llegar a la conclusión de que, si son varios los hijos o descendientes incapacitados, el testador sólo podrá establecer la sustitución fideicomisaria especial a favor de todos ellos al mismo tiempo. Además esto concordaría con la intención del legislador de máxima protección de las personas incapacitadas.

Sin embargo, y coincidiendo en este punto con MARTÍN MELÉNDEZ<sup>764</sup>, creemos que el uso del plural para referirse a los sucesores del difunto no es más que una forma habitual de expresarse por parte del legislador.

El propio artículo 808.3 recoge que “*el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria...*”, así que lo que se le otorga al testador es la facultad de constituir o no la sustitución fideicomisaria a favor de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados, dependiendo, exclusivamente, del causante designar como fiduciario a uno de los hijos o descendientes incapacitados, o a todos al mismo tiempo, o incluso, en nuestra opinión, a uno en un primer momento (fiduciario), y a otro en un segundo momento (fideicomisario que llegado el momento, pasa a convertirse en fiduciario).

Vayamos por partes.

Cuando investigamos sobre qué ocurrirá cuando el testador tenga más de un hijo o descendiente incapacitado, y quiera constituir una sustitución fideicomisaria especial, nos encontramos con varias corrientes de autores.

---

<sup>764</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, *Op. cit.*, pág. 68.

Existe una primera corriente que se limita a remarcar que el testador queda facultado para designar libremente como fiduciario a cualquiera de los hijos o descendientes incapacitados judicialmente, sin necesidad de que tenga que nombrarlos a todos al mismo tiempo. En cambio, no se pronuncian sobre la situación en la que quedarán el resto de hijos o descendientes incapacitados que no han sido nombrados fiduciarios.

Así, por ejemplo MORENO FLÓREZ<sup>765</sup>, cuando expone que *“en la hipótesis de existencia de varios hijos o descendientes incapacitados, no hay que olvidar que la posibilidad de constituir esta especial sustitución fideicomisaria es, para el testador, una facultad y no una obligación. Por tanto, si hay varios hijos incapacitados, entiendo que no hay obligación de convertirlos a todos en fiduciarios; el testador podrá beneficiar a uno sólo de ellos, aquél que considere que está más necesitado de protección. El hecho de que el legislador utilice el plural<sup>766</sup> no significa que el testador deba designar a todos como fiduciarios; puede hacerlo, pero entiendo que no vulnera el contenido de la norma si sólo beneficia a uno. El requisito es que el fiduciario esté incapacitado, no que todos los incapacitados deban ser beneficiarios”*.

O RUEDA ESTEBAN<sup>767</sup>, quien argumenta que *“la sustitución que realice el ascendiente será voluntaria, en todo caso, así como expresa, de modo que, si éste tuviera varios incapacitados judicialmente, no estaría obligado legalmente a favorecer a todos, aunque probablemente sí lo estaría moralmente, por tratarse de sus descendientes, si bien esto no significa que todos estén igualmente necesitados. Unos pueden tener mejor situación económica que otros, e incluso socialmente estar más amparados, bien sea por hijos o cónyuge que se ocupe de ellos. Realmente, las circunstancias éticas y morales son particulares de cada testador, si bien afectan indudablemente”*.

Otra corriente doctrinal es la seguida por los autores que entienden que el testador podrá beneficiar libremente a cualquiera de sus hijos o descendientes incapacitados, pero, además, consideran que el testador quedará facultado para llamar de forma sucesiva a los hijos o descendientes incapacitados, es decir, primero a uno como fiduciario, a otro como fideicomisario (que llegado el momento será fiduciario), y finalmente, el resto de herederos forzosos como segundos fideicomisarios.

---

<sup>765</sup> MORENO FLÓREZ, “La sustitución...”, cit., págs. 1.012 y 1.013.

<sup>766</sup> “Alguno de los hijos o descendientes...siendo fiduciarios los hijos o descendientes”.

<sup>767</sup> RUEDA ESTEBAN, “El fiduciario...”, cit., pág. 585.

Así lo entiende GÓMEZ GÁLLIGO<sup>768</sup>, cuando manifiesta que “*en cuanto al supuesto de que existan varios hijos o descendientes discapacitados (lapsus calami del autor, ya que se refiere a incapacitados), nada obsta para que el testador pueda nombrarlos fiduciarios simultáneamente (en cuyo caso serían cofiduciarios) o sucesivamente, esto es, primero uno y luego el otro transcurrido un plazo (o la condición prevista por el testador), en cuyo caso en realidad el segundo discapacitado (nueva confusión del autor) sería primer fideicomisario y los coherederos forzosos segundos fideicomisarios. Lo que no sería posible es que el testador estableciera un fideicomiso que pasara de los dos grados que admite el artículo 781 del C.c.*”.

LEÑA FERNÁNDEZ<sup>769</sup>, igualmente, considera que “*en el caso de ser dos o más hijos o nietos incapacitados, ¿podrá el testador nombrarlos fiduciarios simultáneos o sucesivos? Parecería que sólo podría nombrarlos fiduciarios simultáneos con una interpretación restrictiva del párrafo tercero del art. 808 C.c. Entiendo, sin embargo, lo contrario a tenor de lo dispuesto en los arts. 778 y 781 C.c. que serán aplicables al no haber sido modificados*”.

También DÍAZ ALABART<sup>770</sup> argumenta que “*si un mismo testador tuviera más de un hijo o descendiente incapacitado podría: tanto nombrarlos a todos fiduciarios simultáneamente, cofiduciarios, como sucesivamente, uno para que lo sea después del otro, y solamente cuando acabe el tiempo correspondiente al segundo, pasarían los bienes al fideicomisario*”.

En la nota al pie de página 18, reconoce la autora que “*obviamente habiendo dos fiduciarios sucesivos se perjudica aún más la posición de los legitimarios-fideicomisarios, pues normalmente transcurrirá un tiempo más largo hasta que reciba los bienes fideicomitidos*”.

Caso excepcional es el de la autora MARTÍN MELÉNDEZ<sup>771</sup>, la cual, comienza defendiendo que “*sólo podrán ser fideicomisarios los legitimarios no incapacitados*”, y que “*los legitimarios incapacitados no podrán ser fideicomisarios*”; para afirmar, al mismo tiempo, que “*el nombramiento como fiduciarios sucesivos a hijos o descendientes incapacitados vivos en el momento de morir el causante puede aceptarse*

---

<sup>768</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, *Op. cit.*, pág. 18.

<sup>769</sup> LEÑA FERNÁNDEZ, *Op. cit.*, pág. 189.

<sup>770</sup> DÍAZ ALABART, “La sustitución...”, *cit.*, pág. 1.051.

<sup>771</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, *Op. cit.*, págs. 67, 69 y 71.

*sin problemas, puesto que, como mucho, el fideicomiso se prolongará hasta que fallezca el último de ellos, lo que hará que el tiempo de espera para los fideicomisarios no supere el de una vida humana”, y continúa afirmando la autora en dicho sentido que “en otras palabras, no quiere decir que los incapacitados no puedan ser a la vez fideicomisarios respecto del fiduciario incapacitado anterior, y fiduciarios respecto al fiduciario incapacitado siguiente, o respecto al legitimario fideicomisario definitivo, que siempre será un legitimario no incapacitado”.*

Como última corriente doctrinal hemos reservado aquélla en la que nos posicionamos nosotros, que es la formada por autores que entienden que el testador estará facultado para decidir libremente a qué hijo o descendiente incapacitado designa como fiduciario, pero, al mismo tiempo, defienden que dicha decisión no podrá ir nunca en perjuicio del resto de hijos o descendientes incapacitados, o lo que es lo mismo, que los hijos o descendientes incapacitados jamás podrán ostentar la condición de fideicomisarios en la sustitución fideicomisaria especial, por lo que, o son fiduciarios, o no pueden formar parte de la sustitución fideicomisaria especial.

En este sentido, PEREÑA VICENTE<sup>772</sup> expone que *“el testador podrá designar como fiduciario a todos los hijos o descendientes incapacitados, pero no estará obligado a convertir en fiduciarios a todos ellos, sino solamente a aquel de ellos que considere más necesitado de protección (...). Si para beneficiar a uno de los hijos o descendientes incapacitados grava la legítima de otro que también lo está, lo que hace es convertir a un incapacitado en fideicomisario y esto choca, no sólo con la finalidad de la Ley, sino también con su literalidad, según la cual los incapacitados son fiduciarios. No es obligatorio que todos lo sean, pero lo que no podrán es ser fideicomisarios. Por ello, no podrá gravar la parte de legítima que corresponda al hijo incapacitado a favor de otro que también lo sea. La sustitución podrá recaer sobre el resto de la legítima, pero dejando a salvo la parte que corresponda al hijo incapacitado”.*

También RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN<sup>773</sup> cuenta que *“la forma de delimitar los grupos de fiduciarios y fideicomisarios lleva a entender que la facultad reconocida no ampara, sin embargo, la posibilidad de ordenar una sustitución fideicomisaria que grave la*

---

<sup>772</sup> PEREÑA VICENTE, “La sustitución fideicomisaria en la legítima, ¿piedra angular del sistema de protección de los incapacitados?”, en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, Pérez de Vargas Muñoz (coordinador), Editorial La Ley, Madrid, 2.006, pág. 695.

<sup>773</sup> RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, *Op. cit.*, pág. 364.

*legítima de hijos o descendientes incapacitados aunque se establezca en beneficio de otros hijos o descendientes en quienes concurra la misma circunstancia; expresándolo de otra manera, si a la sucesión concurren varios legitimarios incapacitados judicialmente juntamente con otros que no lo están, y el testador opta por hacer uso de la medida prevista en los arts. 782, 808 y 813.2, solamente podrá designar como fideicomisarios a legitimarios no incapacitados”.*

Por su parte, ESPEJO LERDO DE TEJADA<sup>774</sup> indica que “*podría suceder que la situación patrimonial o personal de los diferentes incapacitados no sea idéntica y que ello conllevara a la necesidad de proteger especialmente a alguno de ellos. Sin embargo, insistimos, como los incapacitados sólo 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 quiera que sean fiduciarios. En este último caso, la facultad de gravar la legítima no podrá alcanzar a todo el tercio de legítima estricta”.*

Por último, NANCLARES VALLE<sup>775</sup> manifiesta: “*no comparto la opinión de quienes consideran que el testador puede designar a los incapacitados como fiduciarios sucesivos, pues aunque dijésemos que el incapacitado designado como fiduciario en segundo lugar no sería estrictamente un sustituto fideicomisario (entendiendo por tal al destinatario final de los bienes hereditarios), la realidad es que se estaría privando temporalmente a un incapacitado (al no designado como primer fiduciario) de lo que correspondería por legítima estricta, lo que no creo que responda al designio del legislador de 2003. (...) Lo cual pone de manifiesto que el causante está legitimado para decidir a quién beneficiar (de entre quienes cumplen con el requisito legal de estar incapacitado) mediante la excepción al régimen ordinario de la legítima estricta, pero no a quién perjudicar mediante la atribución de su legítima estricta sólo como sustituto fideicomisario, pues este gravamen no podrá soportarlo nunca un legitimario incapacitado”.*

Por nuestra parte, también somos partidarios de que el testador con hijos o descendientes judicialmente incapacitados podrá elegir entre nombrarlos a todos fiduciarios simultáneamente, o designar, únicamente, a uno de ellos como fiduciarios, si

---

<sup>774</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, “El gravamen...”, cit., pág. 139.

<sup>775</sup> NANCLARES VALLE, “La sustitución...”, cit., pág. 142.

bien, el resto de incapacitados no podrán convertirse en fideicomisarios de la sustitución fideicomisaria especial ya que, de ser así, estaríamos admitiendo la posibilidad de gravar la legítima estricta de un hijo incapacitado judicialmente, lo cual, según SOLÉ RESINA<sup>776</sup>, “*resultaría contrario al espíritu de la norma permitir que se grave la legítima estricta de un legitimario incapacitado para favorecer a otro*”.

Y es que, tomando como ejemplo la actuación del Tribunal Supremo en las sentencias antes referidas en las que nuestro Alto Tribunal amplió el concepto de maltrato de obra como causa de desheredación dada su obligación de interpretar las normas conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (artículo 3.1 del C.c.), consideramos que, en la misma línea de amplitud, hemos de oponernos a la posibilidad de que el testador use la sustitución fideicomisaria especial como medio para perjudicar a alguno de sus hijos o descendientes incapacitados (aunque esté beneficiando, al mismo tiempo, a otro incapacitado), pudiendo aplicarse a este precepto mejor que a ningún otro la afirmación de ALBALADEJO<sup>777</sup> de que “*el sentido común debe prevalecer sobre la propia letra de la ley*”.

Pero es más, consideramos que, en este supuesto, ni siquiera discrepan el sentido común y la letra de la ley, ya que, al respecto, los artículos del C.c. encargados de regular la figura especial, exponen por un lado que “*los hijos o descendientes incapacitados sólo podrán ser fiduciarios*”(art. 808.3), y por otro, que la sustitución fideicomisaria sólo puede gravar la legítima estricta “*en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado*” (art. 782), es decir, que se habla de “beneficiar” a los hijos o descendientes incapacitados, de ahí que deba entenderse prohibida la posibilidad de “perjudicar” a dichas personas.

El único caso en el que consideramos posible que un descendiente incapacitado ostente la condición de fideicomisario es en aquellos supuestos en los que el nieto incapacitado fideicomisario no es legitimario, por vivir su padre, siendo éste por tanto el legitimario. En dicho caso, el nieto incapacitado no verá gravada su legítima estricta si lo nombran fideicomisario, siendo su padre el que tendría que soportar tal gravamen.

Para concluir con el presente apartado, una vez manifestado nuestro pensamiento en cuanto a la imposibilidad de que los hijos o descendientes incapacitados sean

---

<sup>776</sup> SOLÉ RESINA, “La sustitución”, cit., pág. 984.

<sup>777</sup> ALBALADEJO, “El gravamen...”, cit., pág. 42.

nombrados fideicomisarios por el perjuicio que supone para ellos, nos parece oportuno plantearnos en este momento: ¿y qué pasará en los supuestos de sustitución fideicomisaria especial en los que al fideicomisario, en principio, con plena capacidad de obrar, le sobrevenga la incapacitación estando aún vigente la institución especial?

Bajo nuestro punto de vista, en dicho supuesto se produciría la extinción inmediata de la sustitución fideicomisaria especial, ya que, como acabamos de argumentar, a través de la misma no puede perjudicarse a un incapacitado, con independencia de que la incapacidad sobrevenga con posterioridad a su condición de fideicomisario, quedando, por tanto, sin efecto la sustitución en aquella porción que afecte al fideicomisario declarado incapacitado tras la constitución de la institución especial.

NANCLARES VALLE<sup>778</sup> manifiesta, en el mismo sentido, que *“en caso de incapacitación sobrevinida de uno de los fideicomisarios procede la resolución parcial de la sustitución fideicomisaria y la restitución al nuevo incapacitado de su legítima estricta. Ello es así porque de la propia redacción del artículo 808.3 C.c. se deduce claramente que un incapacitado no puede ser fideicomisario”*.

Y MARTÍN MELÉNDEZ entiende que *“podríamos preguntarnos qué ocurriría si teniendo los bienes en su poder el fiduciario, es incapacitado un fideicomisario. En nuestra opinión, puesto que un incapacitado no puede ser fideicomisario, en el momento de la incapacitación habría que entregar su parte de legítima estricta y, en esa parte, quedaría resuelto el fideicomiso. Si sólo había un fideicomisario y éste es incapacitado, ocurriría lo mismo, pero el fideicomiso concluiría íntegramente”*.

### **3.1.2.d).- Obligación o no del fiduciario de hacer inventario y prestar fianza**

Aunque parezca extraño es unánime la doctrina en un punto: en el de la obligatoriedad del fiduciario incapacitado de hacer inventario.

Para DÍAZ ALABART<sup>779</sup>, *“precisamente por el deber de conservación que pesa sobre el fiduciario en cualquier fideicomiso, aunque no haya una norma específica en el C.c. que lo imponga, es evidente que éste estará obligado a inventariar los bienes*

---

<sup>778</sup> NANCLARES VALLE, “La sustitución...”, cit., pág. 142.

<sup>779</sup> DÍAZ ALABART, “La sustitución...”, cit., pág. 1.052.

*fideicomitidos. Obviamente cuando, como aquí ocurre, el fideicomisario, además es legitimario del causante-fideicomitente es impensable que no se pueda exigir el inventario. Así pues el tutor del incapacitado habrá de llevar a cabo ese inventario con intervención del fideicomisario”.*

Con el razonamiento de la autora coincide “casi” literalmente RUEDA ESTEBAN<sup>780</sup>.

LEÑA FERNÁNDEZ<sup>781</sup> argumenta, por su parte, que “*el fiduciario tendrá que realizar el inventario de los bienes fideicomitidos (aplicación analógica del art. 491) sin que pueda ser exceptuado de ello por el testador ya que lo contrario implicaría una agravación de la posición de los colegitimarios que podría llegar a producirles un perjuicio rayano en la pérdida de su derecho (aplicación analógica del art. 493) y, como se ha visto, el gravamen del fideicomiso permitido sobre la legítima estricta no se puede sobregravar”.*

También NANCLARES VALLE<sup>782</sup> expone que “*se ha señalado reiteradamente por la doctrina la procedencia de que los sustitutos fideicomisarios puedan exigir la realización de un inventario con el fin de individualizar los bienes que han de restituirse y poder probar el estado en el que se encontraban, lo que será relevante en caso de exigencia de responsabilidades por deterioro de los mismos. Esta exigibilidad de inventario carece de previsión codicial específica en materia de sustituciones pero se deduce de la obligación legal de conservación y restitución, lo que conduce a la aplicación analógica de los artículos 491 C.c. en sede de usufructo y 977 C.c. en sede de reserva vidual”.*

MARTÍN MELÉNDEZ<sup>783</sup>, siempre en la misma línea, manifiesta que “*como consecuencia de su obligación de restitución de los bienes, nuestro fiduciario, como en la sustitución fideicomisaria ordinaria (arts. 491 y 977 C.c. aplicados analógicamente), estará obligado al otorgamiento de inventario si así lo exigen los fideicomisarios y con intervención de éstos, teniendo en cuenta que como el fiduciario está incapacitado, el inventario lo realizará el tutor o, en su caso, el propio fiduciario asistido por el curador. A través del inventario quedarán individualizados los bienes que han de restituirse, impidiéndose su confusión con el resto del patrimonio del fiduciario y,*

---

<sup>780</sup> RUEDA ESTEBAN, “El fiduciario...”, cit., pág. 590.

<sup>781</sup> LEÑA FERNÁNDEZ, *Op. cit.*, pág. 199.

<sup>782</sup> NANCLARES VALLE, “La sustitución...”, cit., pág. 156.

<sup>783</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, *Op. cit.*, pág. 123.

*además, servirá de prueba respecto a su estado a los efectos de determinar la responsabilidad del fiduciario frente al fideicomisario por su deterioro, en el momento de la restitución”.*

Nosotros no podemos más que coincidir con el planteamiento que venimos exponiendo, ya que si en el capítulo segundo del presente trabajo apoyamos la necesidad de realizar un inventario en la sustitución fideicomisaria ordinaria que, como máximo, recae sobre el tercio de mejora y el de libre disposición, obviamente apoyamos también la elaboración del inventario en la sustitución fideicomisaria especial, mediante la cual se grava el tercio de legítima estricta del resto de herederos forzosos.

Compartimos, por tanto, la opinión de los autores anteriormente referidos en cuanto a que, de no realizarse inventario, se podría estar colocando en una clara situación de desventaja a los fideicomisarios, ya que éstos jamás sabrían sobre qué bienes recae la sustitución fideicomisaria especial, o lo que es lo mismo, cuáles son los bienes que conforman su legítima estricta.

Al anterior nos permitimos añadirle otro argumento de gran importancia que apoya la obligatoriedad por parte del fiduciario de elaborar un inventario que determine los bienes sobre los que recae la sustitución fideicomisaria especial, como es el hecho de que con la elaboración del inventario no se perjudica en nada al fiduciario incapacitado, y por ende, no se vulnera la finalidad de la ley.

La opinión doctrinal no es unánime, en cambio, en cuanto a la obligatoriedad, o no, de prestar caución o fianza por parte del fiduciario incapacitado judicialmente.

DÍAZ ALABART<sup>784</sup> no llega a posicionarse al respecto, ya que se limita a exponer que *“por lo que toca a si es o no preciso que el fiduciario preste caución o garantía, es algo que para el supuesto general de fideicomiso en Derecho común la doctrina no es pacífica. Tanto en el Código de sucesiones de Cataluña como en el Fuero Nuevo existirá esa obligación salvo que el fideicomitente hubiera dispuesto otra cosa. Dilucidar si es preciso prestar garantía en el supuesto del art. 808.3 C.c. no es sencillo. Por una parte, la pertenencia de los bienes objeto del fideicomiso a la cuota de legítima corta implicaría la necesidad de constituir la fianza, pues sería la única forma de que el legitimario fideicomisario tuviera la garantía de recibir en su día la cuota que le*

---

<sup>784</sup> DÍAZ ALABART, “La sustitución...”, cit., págs. 1.052 y 1.053.

*corresponde legalmente. Por otra parte, la intención del legislador al permitir constituir este fideicomiso para favorecer especialmente al descendiente discapacitado incapacitado, parece que no se compagina bien con la constitución de la garantía”.*

LEÑA FERNÁNDEZ<sup>785</sup>, en cambio, considera que el testador sí podrá liberar al fiduciario incapacitado de prestar fianza: *“de lo que sí parece que podrá liberar el testador es de la prestación de fianza por parte de ese fiduciario, puesto que la misma, como garantía que es, solo constituirá un plus a la facultad de los fideicomisarios de pedir responsabilidad por mala administración del fiduciario”.*

En el mismo sentido, GÓMEZ GÁLLIGO<sup>786</sup> manifiesta que *“la formación de inventario parece una medida razonable y justificada para proteger los intereses de los fideicomisarios; en cambio la imposición de fianza, dado su carácter excepcional, no permite la extensión analógica de aquél precepto”.*

Por su parte, GONZÁLEZ PORRAS<sup>787</sup> se muestra dudoso al respecto cuando reconoce que: *“yo no sabría decir si en la reforma del artículo 808, apartado 3º cabría o no exigir esa fianza o garantía, pues no creo que esa sea la intención del legislador, con lo que si el testador la impone pueden darse problemas en los Juzgados y Tribunales”.*

En el otro sentido, en el de entender que el fiduciario incapacitado queda obligado a prestar fianza, se posicionan autores como MARTÍN MELÉNDEZ<sup>788</sup>, quien indica que *“...aunque la cualidad de incapacitado del fiduciario y el objetivo de la Ley de favorecerlo en cuanto tal, permitiendo esta sustitución, podría ser argumento añadido a favor de la no obligación del fiduciario de prestar fianza, lo que derivaría de una interpretación de las normas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas (art. 3 C.c.), el objeto de la sustitución y la cualidad de legitimarios de los fideicomisarios configuran un argumento que sirve para sostener lo contrario (es decir, la obligación de prestar fianza), ya que, si bien la reforma tiene como fin favorecer al incapacitado, el mecanismo elegido (sustitución fideicomisaria) manifiesta también otra aspiración del legislador, cual es que los legitimarios no incapacitados reciban íntegramente los bienes fideicomitados, al morir el incapacitado o transcurrido el plazo*

---

<sup>785</sup> LEÑA FERNÁNDEZ, *Op. cit.*, pág. 199.

<sup>786</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, “La sustitución...”, *cit.*, pág. 21.

<sup>787</sup> GONZÁLEZ PORRAS, “Algunas cuestiones...”, *cit.*, pág. 709.

<sup>788</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, *Op. cit.*, pág. 124.

*previsto, interés más pronunciado que en las sustituciones normales, puesto que lo que hay que restituir es ni más ni menos que la legítima estricta”.*

NANCLARES VALLE<sup>789</sup>, también en la misma línea, considera: *“mayores dudas se suscitan en torno a la posibilidad de exigir la prestación de fianza que garantice la restitución si no de la cosa misma, sí de su valor, por cuanto si bien dicha medida protegería a los legitimarios no incapacitados que se ven privados temporalmente de lo que les corresponde por herencia, no es menos cierto que el deber de prestar fianza no termina de encajar en la finalidad de la ley 41/2003, que es la de proteger al descendiente incapacitado mediante una atribución de bienes superior, sin limitaciones o cargas que puedan disminuir su capacidad de hacer frente a sus presentes necesidades vitales. (...) Por lo que se refiere a la exigencia de prestar fianza en garantía del cumplimiento de su obligación de entregar a los fideicomisarios lo que a éstos corresponde por legítima estricta, considero que éstos sí han de poder exigir fianza, pues negarlo es hacer más gravosa por vía interpretativa la posición de los legitimarios no incapacitados, ya de por sí damnificados en su derecho a la legítima estricta”.*

Y en base al razonamiento de este último autor, se nos ocurre el supuesto<sup>790</sup> en el que la herencia del testador estuviese compuesta, únicamente, por el piso en el que vivía con el incapacitado, englobando, por tanto, dicho inmueble el tercio de legítima estricta, el de libre disposición y el de mejora. ¿De dónde sacaría, entonces, la persona incapacitada la fianza? ¿Qué consecuencias conllevaría el hecho de que el incapacitado fiduciario no pudiese prestar la fianza que se le exija? Seguramente, la renuncia del incapacitado (de su tutor) a la misma.

Por nuestra parte, aunque apoyamos la obligatoriedad del incapacitado de elaborar un inventario de los bienes, nos oponemos a la posibilidad de que los fideicomisarios puedan exigirle legalmente la prestación de fianza, ya que dicha posibilidad podría ir claramente en perjuicio del incapacitado, pudiendo provocar, incluso, la renuncia de éste a la figura especial.

---

<sup>789</sup> NANCLARES VALLE, “La sustitución...”, cit., pág. 156.

<sup>790</sup> Según varios autores, el único supuesto en el que la sustitución fideicomisaria especial podría tener sentido. Por todos, LEÑA FERNÁNDEZ, *Op. cit.*, pág. 188.

En nuestra opinión, y a diferencia de ESPEJO LERDO DE TEJADA<sup>791</sup>, cuando expresa que “*no pensamos que esa finalidad del beneficio del incapacitado signifique que, en todos los casos que sobrevengan dudas de interpretación del precepto, se deba optar por la tesis que resulte más favorable al incapacitado*”, consideramos que jamás deberá pesar más la protección de los fideicomisarios no incapacitados que la de los hijos o descendientes incapacitados judicialmente cuando se planteen dudas respecto a la interpretación de alguna norma introducida por la LPPD, debiendo, de hecho, optarse siempre por la opción que resulte más favorable a la persona con discapacidad o incapacitada.

Para apoyar nuestra tesis nos limitamos a recordar el título de la ley que introduce la sustitución fideicomisaria especial: Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad.

### **3.1.3.- El fideicomisario**

Fideicomisarios serán el resto de herederos forzosos no incapacitados que verán cómo su legítima estricta ha sido gravada, bien total o bien parcialmente, con la constitución de una sustitución fideicomisaria especial a favor de un hermano o sobrino incapacitado judicialmente.

Habiendo analizado ya quiénes podrán ser fideicomitentes (ascendientes de los fiduciarios y de los fideicomisarios) y quiénes fiduciarios (hijos o nietos del testador, legitimarios o no), se puede llegar a la conclusión de que fideicomisarios serán siempre los hermanos, los tíos o los padres del fiduciario, que no hayan sido judicialmente incapacitados, porque, de haberlo sido, jamás podrán ostentar el cargo de fideicomisarios, en base a los motivos argumentados anteriormente<sup>792</sup>.

Además, los fideicomisarios no podrán ser sustitutos sucesivos, o lo que es lo mismo, serán los únicos llamados como fideicomisarios, sin que puedan ostentar el cargo de fiduciario una vez que se produzca la delación hereditaria, ya que el fin de la sustitución fideicomisaria especial es proteger a los hijos o descendientes incapacitados del

---

<sup>791</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, “El gravamen...”, cit., pág. 143.

<sup>792</sup> O bien aparece como fiduciario de la figura especial, o bien habrá recibido su legítima estricta sin gravamen alguno.

testador, gravando con ello la legítima estricta del resto de herederos forzosos, no pudiendo proteger-gravar a nadie más que a éstos.

### **3.2.- Objeto de la sustitución fideicomisaria especial**

Como venimos argumentando a lo largo del presente capítulo, no hay dudas del objeto sobre el que recae la modificación llevada a cabo en el C.c. por la LPPD en sus artículos 782, 808 y 813: el tercio de legítima estricta.

Cuestión diferente es el alcance del gravamen que sobre dicho tercio tiene la sustitución fideicomisaria especial, si ha de entenderse que alcanza por ministerio de la ley a todo el tercio de legítima estricta o puede alcanzar sólo a una parte, o si ha de entenderse gravada también mediante la sustitución fideicomisaria especial la parte de legítima estricta correspondiente al fiduciario-incapacitado.

#### **3.2.1.- ¿Recae sobre todo el tercio de legítima estricta o puede gravar parte del mismo?**

Nuestra doctrina coincide en considerar que dependerá de la voluntad del testador si la sustitución fideicomisaria especial introducida por la LPPD recaerá sobre todo el tercio de legítima estricta, o si puede gravar sólo parte del mismo, e, igualmente, es casi unánime el pensamiento de nuestros autores a la hora de entender que en los supuestos en los que el causante hubiese decidido establecer una sustitución fideicomisaria especial sobre parte del tercio de legítima estricta, dicho gravamen deberá afectar por igual a todos los fideicomisarios, no pudiendo el testador imponer un mayor gravamen sobre la parte de legítima estricta correspondiente a un fideicomisario, que sobre la parte que corresponda a otro, y todo ello por no ser ésta la finalidad de la reforma introducida por la LPPD.

En este sentido, considera NANCLARES VALLE<sup>793</sup> que *“el testador puede constituir una sustitución fideicomisaria cuyo objeto no sea la totalidad del tercio de legítima estricta sino tan sólo una parte del mismo, pudiendo de esta manera moderar y controlar el sacrificio que, por su deseo de proteger al incapacitado, impone a los*

---

<sup>793</sup> NANCLARES VALLE, “La sustitución...”, cit., pág. 145,

*legitimarios no incapacitados. (...) Lo que sí es determinante en estos casos es que la sustitución fideicomisaria afecte a todos los legitimarios no incapacitados por igual, no siendo admisible una sustitución fideicomisaria sobre una parte del tercio de legítima estricta en la cual, mientras uno de los legitimarios recibe íntegra o parcialmente su legítima, otro se vea totalmente privado de la misma”.*

En la misma línea, TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO<sup>794</sup> indican que “...lo que no necesariamente deba afectar a la totalidad de las legítimas estrictas, sino que puede que sea parcial, debiendo entonces aplicarse la regla de la proporcionalidad en cuanto a la legítima de los legitimarios gravados”.

ESPEJO LERDO DE TEJADA<sup>795</sup>, por su parte, expresa: “*tampoco consideramos dudoso que el gravamen no tiene por qué extenderse a la totalidad de la cuota de legítima estricta, sino que puede afectar solamente a una parte de ella*”.

O RIPOLL SOLER<sup>796</sup> cuando manifiesta que “*el testador puede establecer la sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, pero no se le impide que se imponga sólo sobre una parte del mismo, pues tratándose de un gravamen debe interpretarse restrictivamente, y, por otro lado, pudiendo lo más (gravar toda la legítima estricta), puede lo menos (gravar sólo una parte). En el caso de que sólo se establezca sobre una parte de la legítima estricta entiendo que deberá afectar por igual a todos los colegitimarios, pues lo que la nueva regulación permite es un nuevo gravamen sobre la legítima estricta, no en cambio unas nuevas facultades de desigualación para el ascendiente*”.

También RAGEL SÁNCHEZ<sup>797</sup> considera que “*a nuestro juicio, la sustitución fideicomisaria podrá o no afectar a todo el tercio de legítima estricta, según fuere la voluntad del testador, que podrá designar fiduciario al descendiente incapacitado en menos de lo que supone la legítima estricta y prever que la porción que en la misma corresponde al legitimario incapacitado no quede afectada a la sustitución fideicomisaria*”.

---

<sup>794</sup> TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, *Op. cit.*, pág. 1.902.

<sup>795</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, “El gravamen...”, *cit.*, pág. 143.

<sup>796</sup> RIPOLL SOLER, *Op.cit.*, pág. 825.

<sup>797</sup> RAGEL SÁNCHEZ, “La sustitución...”, *cit.*, pág. 2.007.

Y para PEREÑA VICENTE<sup>798</sup>, *“no aclara la reforma si la sustitución podrá afectar parcialmente a la legítima estricta. Entendemos que no hay obstáculo para que, si esa es la intención del testador, sólo resulte gravada una parte de la legítima estricta que corresponde a los coherederos, ya sea porque sólo se impone ésta respecto a alguno de ellos o porque sólo se imponga respecto de una parte de la legítima de cada uno. Quien puede lo más puede lo menos”*.

Por último, argumenta, al respecto, MARTÍN MELÉNDEZ<sup>799</sup> que *“ahora bien, la afirmación de que la legítima estricta de los legitimarios no incapacitados, no implica que aquélla deba gravar ésta por entero, sino que, conforme al principio de quien puede lo más puede lo menos, cabrá constituir la sustitución fideicomisaria sobre parte de tal legítima (la mitad, un tercio...), pero siempre que todos los legitimarios no incapacitados la sufran por igual, es decir, en la misma proporción, ya que, como hemos manifestado en varias ocasiones, la posibilidad de constituir esta sustitución sobre la legítima tiene como única justificación el beneficio del hijo o descendiente incapacitado, no pudiendo servir de medio para perjudicar a unos legitimarios no incapacitados, respecto de otros”*.

LEÑA FERNÁNDEZ<sup>800</sup> coincide con los autores anteriores en que el testador podrá decidir libremente si establece la figura especial sobre todo el tercio de legítima estricta o sobre parte de éste, si bien parece discrepar en cuanto a que el gravamen tenga que perjudicar a todos los fideicomisarios por igual: *“claro es que el testador podría disponer lo contrario, es decir que el fideicomiso recayese sólo sobre la legítima estricta de los fideicomisarios o de alguno ellos...”*. ¿De alguno de ellos?

Discrepamos en este punto de la opinión de LEÑA FERNÁNDEZ, y coincidimos con ESPEJO LERDO DE TEJADA<sup>801</sup> cuando se plantea: *“¿puede el causante elegir a cuál de sus legitimarios no incapacitados “castiga” con el gravamen? La redacción del art. 808.3 C.c. parece dar a entender que esta facultad no está reconocida al causante, lo cual puede estar justificado en el hecho de que dicha facultad se concibe como un mecanismo para beneficiar al incapacitado, pero no para perjudicar a los legitimarios que no lo sean. Y es obvio que el incapacitado no obtiene ningún beneficio adicional*

---

<sup>798</sup> PEREÑA VICENTE, “El derecho...”, cit., págs. 2 y 3.

<sup>799</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, *Op. cit.*, pág. 99.

<sup>800</sup> LEÑA FERNÁNDEZ, *Op. cit.*, pág. 203.

<sup>801</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, “Artículo 808...”, cit., pág. 797.

*por el hecho de que la carga fideicomisaria afecte a uno sólo de los colegitimarios y no a todos”.*

Por ello, tal y como acabamos de exponer, la mayoría de nuestra doctrina entiende que la figura especial que venimos estudiando no puede servir para que algunos de los herederos forzosos sean designados fideicomisarios, y otros no lo sean. Es decir, que si el causante establece la sustitución fideicomisaria especial gravará por igual a todos los herederos forzosos (fideicomisarios), siempre sobre el porcentaje de legítima estricta que haya determinado el causante, porcentaje que no tiene por qué ser el cien por cien de dicho tercio, sino que depende única y exclusivamente de la voluntad del testador.

### **3.2.2.- ¿Afecta a la legítima estricta del incapacitado judicialmente?**

Mayores dudas plantea si la legítima estricta del incapacitado-fiduciario ha de quedar inmersa en el objeto de la sustitución fideicomisaria especial, o, dicho de otra forma, si la legítima estricta del fiduciario, cuando éste fallezca o recupere la capacidad, irá a parar a sus herederos o a los fideicomisarios.

Existe una corriente de autores que consideran que la legítima estricta del incapacitado-fiduciario irá a parar al resto de fideicomisarios por igual. Según dichos autores, de esta forma se compensa a aquéllos herederos forzosos que se han visto perjudicados temporalmente por el gravamen de la sustitución fideicomisaria especial.

El principal defensor de esta teoría es ESPEJO LERDO DE TEJADA<sup>802</sup>, quien argumenta que *“el hecho de que se subraye en las diferentes normas que la medida legal se introduce en beneficio del incapacitado ha llevado a sostener que la legítima del incapacitado se debe percibir libre de cargas. Lo cierto es que ese argumento no nos parece decisivo, porque pudiera pensarse que justamente como compensación para los otros legitimarios por ese beneficio que viene a percibir a su costa el legitimario incapacitado, se establece el gravamen sobre la propia legítima de este último; de ese modo la utilización de la facultad ahora prevista supondría para todos los legitimarios una cierta mejora, pero también un cierto perjuicio. Esta interpretación sería la que mejor se corresponde con la literalidad de las normas que hablan de gravamen de la legítima estricta (art. 782 C.c.) o, incluso, del “tercio de legítima estricta” (cfr. art.*

---

<sup>802</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, “El gravamen...”, cit., págs. 142 y 143.

808.3 C.c.), es decir, del tercio en toda su extensión, sin distinguir entre la legítima del incapacitado y la de los demás legitimarios”.

Siguiendo a este autor, se encuentran, entre otros, RIVAS MARTÍNEZ<sup>803</sup> o COBACHO GÓMEZ<sup>804</sup>, quien defiende que en la sustitución fideicomisaria “*se entenderá incluido la totalidad del tercio de legítima estricta, absorbiendo la legítima del fiduciario*”, por lo que “*una vez que fallezca éste, todos los bienes integrados en el fideicomiso irán a parar a los fideicomisarios*”.

También puede encuadrarse en esta corriente doctrinal DÍAZ ALABART<sup>805</sup>, quien, sin plantearse directamente la cuestión a la que venimos haciendo referencia, muestra su parecer al respecto cuando se plantea lo que sucede al quedar sin efecto la incapacidad judicial: “*como el fideicomiso recae sobre el tercio de legítima estricta que corresponde por igual a todos los hijos del testador, el fideicomiso deberá ir por partes iguales a todos los coherederos*”.

Llama la atención el razonamiento de LEÑA FERNÁNDEZ<sup>806</sup>, cuando expone que: “*una vez fallecido el fiduciario, los bienes fideicomitados pasarán, por partes iguales, a los fideicomisarios. Y la pregunta es, ¿qué pasa si el fiduciario tuviese hijo o cónyuge? ¿Se verían privados, en sus respectivos derechos legitimarios, de la parte de legítima estricta que hubiese correspondido a su padre o cónyuge en los bienes fideicomitados? Entiendo que en el supuesto general que parece contemplar la Ley, así es, ya que parece que, en este caso, está sustituyendo la propiedad de la legítima estricta que pudiese corresponder al incapacitado por el disfrute, mientras viva, de una mayor parte (el tercio de legítima estricta en su totalidad). Claro es que el testador podría disponer lo contrario, es decir que el fideicomiso recayese sólo sobre la legítima estricta de los fideicomisarios o de alguno de ellos, en cuyo caso el fiduciario transmitirá a sus herederos la propiedad de la parte suya de legítima estricta que no ha sido gravada con el fideicomiso...*”.

---

<sup>803</sup> RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de...*, cit., pág. 1.481.

<sup>804</sup> COBACHO GÓMEZ, “La sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado”, en *La familia en el Derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectiva de futuro*, Rebolledo Varela (coordinador), Editorial Dykinson, Madrid, 2.010, pág. 366.

<sup>805</sup> DÍAZ ALABART, “La sustitución...”, cit., págs. 1.056 y 1.057.

<sup>806</sup> LEÑA FERNÁNDEZ, *Op. cit.*, pág. 203.

Es decir, que en opinión del citado autor, el hecho de si quedará o no gravada la legítima estricta del fiduciario incapacitado a favor del resto de fideicomisarios, depende única y exclusivamente del causante, si bien, primará por defecto el gravamen sobre todo el tercio de legítima estricta, incluida la parte del incapacitado que acrecerá al resto de fideicomisarios.

La otra corriente doctrinal, en la que se encuadran la mayoría de autores, es la que considera que la sustitución fideicomisaria especial no podrá gravar la legítima estricta del fiduciario incapacitado.

Entre los muchos autores que así lo consideran, destaca ALBALADEJO<sup>807</sup>, cuando cuenta que *“por supuesto, que el incapacitado al que se le nombra fiduciario recibirá en pleno dominio la parte que le corresponda en el total de los bienes integrantes de la legítima, y la sustitución fideicomisaria recaerá sobre los bienes destinados a pagar la legítima de sus colegitimarios”*.

También NANCLARES VALLE<sup>808</sup> considera difícilmente sostenible la posición de ESPEJO DE LERDO DE TEJADA, al afirmar que *“es el resultado de una determinada interpretación de la voluntad del legislador que carece de respaldo legal expreso. Tanto en la exposición de Motivos como en el articulado de la Ley 41/2.003 sólo está presente el designio de favorecer al incapacitado. En ningún momento se habla de la presencia de mecanismos de compensación de los coherederos forzosos que padecen el gravamen y que ven pospuesta la adquisición de su porción de legítima estricta. En consecuencia, el fiduciario incapacitado ha de recibir su legítima individual libre de toda carga o gravamen, lo cual resulta lógico pues de imponerse esa ampliación de la sustitución a su porción de legítima estricta cabría cuestionar si el incapacitado habría resultado realmente favorecido. Además, la extensión del objeto de la sustitución fideicomisaria a la porción de legítima estricta del incapacitado constituiría una verdadera excepción a la intangibilidad cualitativa de la legítima de éste en beneficio de los colegitimarios no incapacitados, excepción que tendría que constar expresamente en la ley para ser admisible”*.

---

<sup>807</sup> ALBALADEJO, “El gravamen...”, cit., pág. 43.

<sup>808</sup> NANCLARES VALLE, “El gravamen...”, cit., págs. 147 y 148.

SERRANO GARCÍA<sup>809</sup>, indica: “Entiendo que la cuota de legítima estricta que corresponda al hijo o descendiente incapacitado, le corresponde sin gravamen, pero hay opiniones serias que entienden que la sustitución fideicomisaria puede establecerse sobre el tercio de legítima íntegro, de forma que no podría disponer de nada de lo que reciba por título de herencia o de legado. De entenderse las cosas de la manera que señalan algunos, resultaría <<desheredado>> el descendiente incapacitado”.

En la misma línea, GÓMEZ GÁLLIGO<sup>810</sup> comenta que “debe hacerse una matización importante: el tránsito a los fideicomisarios será de los bienes hereditarios que constituyan lo que por legítima estricta les corresponde a ellos, no el porcentaje de legítima estricta del hijo o descendiente judicialmente incapacitado, la cual pasará a sus herederos”.

Por su parte, MARTÍN MELÉNDEZ expone: “no creemos que pueda deducirse, tal y como han entendido algunos autores, que esta sustitución fideicomisaria haya de recaer sobre todo el tercio, es decir, tanto sobre la parte correspondiente a los legitimarios no incapacitados fideicomisarios, como sobre la parte correspondiente al incapacitado fiduciario si es legítimo, de modo que aquéllos reciban al morir aquél o cumplirse el plazo fijado y de forma definitiva, no sólo 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 legítimo 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 sólo puede gravar la parte de la legítima estricta de los fideicomisarios legítimos no incapacitados”.

En la misma línea, PEREÑA VICENTE<sup>811</sup> opina que “el reformado artículo 782 se refiere a la ‘legítima estricta’ pero debemos tener en cuenta que la parte de legítima gravada será la que corresponde a los coherederos, no la que corresponda al incapacitado porque la reforma lo que permite es imponer sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta de los coherederos del incapacitado, no sobre la que a éste

---

<sup>809</sup>SERRANO GARCÍA, *Protección Patrimonial de las personas con discapacidad, Tratamiento sistemático de la Ley 41/2.003*, Editorial Iustel, Madrid, 2008, pág. 449.

<sup>810</sup>GÓMEZ GÁLLIGO, *Op. cit.*, pág. 23.

<sup>811</sup>PEREÑA VICENTE, “El derecho...”, *cit.*, pág. 2.

*corresponde. Esa parte no estará sujeta a la restitución propia de la sustitución, sino que el legitimario incapacitado podrá disponer de ella libremente. Los herederos fideicomisarios recibirán, en su día, su parte de legítima, pero no la parte del incapacitado”.*

Dentro de los muchos autores que componen esta corriente doctrinal, la última autora que traemos a colación es RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN<sup>812</sup>, cuando narra que *“una cuestión que no queda clara en los textos comentados es la relativa a los bienes que van a ser objeto del fideicomiso y que, a la muerte del fiduciario, han de pasar a los fideicomisarios. La LPPD permite establecer una sustitución fideicomisaria en el tercio de legítima, pero no dice que esa sustitución grave al legitimario fiduciario (incapacitado judicialmente). Este dato, unido a la finalidad de la reforma, que es la de favorecer al legitimario incapacitado, lleva a entender que los bienes objeto de sustitución fideicomisaria no han de ser todos los que integren el tercio de legítima. El fiduciario es legitimario y la sustitución fideicomisaria se establece en su beneficio. Por ello, los bienes que haya recibido el legitimario fiduciario en pago de sus derechos de legítima no estarán afectados por el gravamen de restitución, quedando en la herencia de éste y al alcance de sus propios herederos. La legítima individual del fiduciario la recibe libre de toda carga. La sustitución fideicomisaria, como afirma el artículo 808.3, se establece sobre el tercio de legítima, pero no grava la legítima del fiduciario”.*

Antes de dar nuestra opinión al respecto, queremos destacar la de RAGEL SÁNCHEZ. El autor, en un primer trabajo<sup>813</sup> consideraba: *“pero si el testador no se pronuncia expresamente sobre la cuestión que estamos planteando y se limita a reproducir el texto legal y nombrar al legitimario incapacitado fiduciario ‘sobre el tercio de legítima estricta’, creemos que la sustitución fideicomisaria afectará a todo el tercio de legítima estricta y absorberá la legítima del fiduciario. Por lo tanto, al fallecer posteriormente el fiduciario, todos los bienes que componían el fideicomiso, incluida su propia legítima, pasarán a manos de los sustitutos fideicomisarios”.*

Debido a este pensamiento del autor, NANCLARES VALLE<sup>814</sup> erróneamente considera a RAGEL SÁNCHEZ uno de los referentes de la corriente doctrinal que aboga por que la legítima estricta del incapacitado fiduciario acrezca a los fideicomisarios llegado el

---

<sup>812</sup> RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, “La reforma...”, cit., pág. 364.

<sup>813</sup> RAGEL SÁNCHEZ, “La sustitución...”, cit., pág. 2007.

<sup>814</sup> NANCLARES VALLE, “La sustitución...”, cit., pág. 147.

momento de la delación. Y decimos que erróneamente porque antes de la afirmación de NANCLARES VALLE, el propio RAGEL SÁNCHEZ<sup>815</sup> había cambiado de parecer en un trabajo posterior, donde al estudiar nuevamente la figura concluye *“precisamente esta última consideración es la que nos lleva a pensar que el artículo 808.III C.c. permite gravar la legítima estricta de los legitimarios no incapacitados que son nombrados herederos o legatarios fideicomisarios, pero ese gravamen no afectaría a la parte que corresponde al propio fiduciario, porque carece de sentido que resulte gravada a favor del propio titular del derecho. En consecuencia, esa parte permanecerá libre de gravámenes y pasará a los sucesores del fiduciario a su fallecimiento, sin que esos sucesores tengan que coincidir necesariamente con las personas que ostentaban la cualidad de fideicomisarios”*.

Hoy en día, no cabe duda de que RAGEL SÁNCHEZ forma parte del grupo de autores que considera que la legítima estricta del incapacitado, una vez éste fallezca o en el caso de que llegue a recuperar la capacidad, pasará a sus sucesores y no a los fideicomisarios.

Es precisamente ésta nuestra conclusión al respecto, la de considerar que la sustitución fideicomisaria especial no gravará la legítima estricta del incapacitado fiduciario, llegando a tal conclusión por todas las razones y argumentos que hemos venido manifestando al reflejar la opinión de los diversos autores que componen dicha corriente doctrinal. Y es que nos preguntamos: ¿Dónde queda recogido en la LPPD o en el C.c. que la sustitución fideicomisaria especial gravará la legítima del incapacitado fiduciario? ¿O dónde se refleja que se haya de compensar a los fideicomisarios no incapacitados por el perjuicio que les supuso el gravamen sufrido sobre su legítima estricta?

Fuera del ámbito legal, entendemos que tampoco, por sentido común, se puede gravar el tercio de legítima estricta del fiduciario incapacitado a través de una figura cuya finalidad es proteger a las personas incapacitadas.

Pongamos algunos ejemplos: imaginemos que, de cara a una futura incapacitación, hoy en día nos ofrecen la posibilidad de que, llegado el momento, se nos beneficie en la herencia de nuestros ascendientes con la sustitución fideicomisaria especial sobre el tercio de legítima estricta del resto de legitimarios; pero, a cambio, una vez que

---

<sup>815</sup> RAGEL SÁNCHEZ, “Artículo 808...”, cit., pág. 5863.

fallezcamos o en el hipotético caso de que recuperásemos la capacidad, nuestros hijos, descendientes, cónyuge o ascendientes, quedarían privados de heredarnos en el tercio de legítima estricta que nos correspondiese en la mencionada herencia fideicomitada, ya que nuestra porción de legítima estricta irá a parar al resto de legitimarios como compensación al perjuicio sufrido por la sustitución fideicomisaria especial.

¿Por qué opción nos decantaríamos en tal caso? Seguramente, la gran mayoría de nosotros, debido a las consecuencias negativas que la sustitución fideicomisaria especial originaría en el futuro a nuestros seres queridos, optaríamos por rechazar la figura especial a nuestro favor.

Podemos poner otros ejemplos para apoyar nuestra postura, como el caso en el que el testador decida que el incapacitado fiduciario<sup>816</sup> le herede, exclusivamente, mediante la sustitución fideicomisaria especial, sin favorecerlo en absoluto en el tercio de mejora ni en el de libre disposición, y al fallecer éste sus bienes fuesen a parar a los fideicomisarios como consecuencia de la sustitución fideicomisaria especial creada sobre dicho tercio. ¿Acaso no estaríamos hablando de una desheredación en toda regla de los descendientes del incapacitado fiduciario? Y todo ello, a través de una medida introducida por una ley que tiene como finalidad la protección patrimonial de las personas con discapacidad e incapacitadas.

O más injusta aún sería la misma situación en la que el incapacitado sólo haya sobrevivido al testador unos meses, y, por una sustitución fideicomisaria que ha durado sólo ese tiempo, sus descendientes se vean privados de su legítima estricta.

Por todos estos argumentos somos partidarios de que, una vez fallecido el fiduciario incapacitado o si éste recuperase su capacidad, automáticamente los fideicomisarios pasarán a obtener los bienes hereditarios que, por legítima estricta, les correspondiesen, sin obtener jamás el porcentaje de legítima estricta del fiduciario incapacitado, que irá a parar a sus herederos.

Coincidimos, plenamente, con RIPOLL SOLER<sup>817</sup> cuando manifiesta que *“hubiera sido más propio decir algo así como ‘sobre la legítima estricta de los colegitimarios’, sin embargo el Legislador no ha tenido tal previsión”*, aunque, en nuestro caso, que, como

---

<sup>816</sup> Posibilidad que defenderemos a continuación.

<sup>817</sup> RIPOLL SOLER, “La sustitución...”, cit., pág. 825.

expusimos anteriormente, entendemos que no es preciso que el incapacitado ostente la condición de legitimario para favorecerse de la figura especial, consideramos que el legislador podría haber concluido la redacción del tercer apartado del artículo 808 C.c. con algo parecido a “*sobre la legítima estricta del resto de herederos forzosos*”, disipando con ello cualquier atisbo de duda sobre si la legítima estricta del propio incapacitado queda o no gravada con la sustitución fideicomisaria especial, posibilidad ésta que, de cumplirse, añadiría un nuevo argumento al uso del adjetivo “especial” para dirigirnos a la figura, que sería la desheredación de los herederos del incapacitado sobre su porción de legítima estricta.

### **3.2.3.- ¿Conlleva el establecimiento de una sustitución fideicomisaria especial la designación obligatoria a favor del incapacitado judicialmente del tercio de mejora y del de libre disposición?**

La última de las cuestiones que traemos a colación dentro del apartado dedicado al objeto de la sustitución fideicomisaria especial, es la duda<sup>818</sup> que surge en nuestra doctrina sobre si el testador que establece la institución especial quedará obligado a establecerlo no sólo sobre el tercio de legítima estricta, sino también sobre el resto de la herencia. O lo que es lo mismo, si para que el causante pueda beneficiar al hijo o descendiente incapacitado judicialmente, la figura especial deberá abarcar no sólo el tercio de legítima estricta, sino también el de libre disposición y el de mejora.

Estaríamos hablando, entonces, no ya de una facultad atribuida al testador, sino de una obligación que a éste le impondría la ley en caso de decantarse por constituir una sustitución fideicomisaria especial a favor del hijo o descendiente incapacitado.

Como en la gran mayoría de las cuestiones que venimos planteando en este trabajo, existen diversas posiciones doctrinales al respecto.

Por un lado, está la corriente de autores que consideran que, efectivamente, sólo podrá constituirse la sustitución fideicomisaria especial cuando, además, de su porción de legítima estricta, se atribuya al incapacitado todo el tercio de mejora y de libre disposición.

---

<sup>818</sup> Otra más, cómo no, debido a la deficiente redacción dada por el legislador de 2.003 a la LPPD en general.

Consideran los defensores de esta teoría que sólo dejándole al incapacitado una cuantía superior a la que se le podía dejar antes de la reforma introducida por la LPPD, se estará, realmente, beneficiando al incapacitado fiduciario.

Dentro de esta corriente doctrinal, destaca MARTÍN MELÉNDEZ<sup>819</sup> cuando narra que *“sólo podrá constituirse la sustitución fideicomisaria cuando, además de su porción en el tercio de legítima estricta, todo el tercio de mejora y el de libre disposición se hayan atribuido al incapacitado... Por tanto, sólo podrá constituirse la sustitución fideicomisaria cuando, además de su porción en el tercio de legítima estricta, todo el tercio de mejora y el de libre disposición se hayan atribuido al incapacitado, pues esto era el máximo que podía dejar el causante al hijo o descendiente incapacitado con anterioridad a la reforma de la Ley 41/2.003”*.

Siguiendo a dicha autora, MORENO FLÓREZ<sup>820</sup> también considera que *“no parece coherente con la idea que ha propiciado la reforma, de beneficiar lo más posible al incapacitado, que el testador dispusiese de la mejora y del tercio libre a favor de otro hijo o descendiente y, sin embargo, gravase la legítima estricta con la sustitución fideicomisaria a favor del incapacitado. Así, considero que hay que entender que el gravamen sobre el tercio de legítima estricta comportará, por tanto, que al hijo o descendiente incapacitado se le atribuya también los tercios de mejora y libre disposición”*.

Para NÚÑEZ NÚÑEZ<sup>821</sup>, *“de no recibir el incapacitado el máximo posible ya mencionado, si otro destinatario percibiera el tercio de libre disposición, y a otro descendiente se le atribuyera el tercio de mejora, no estaría justificado el sacrificio del sistema legitimario a cambio de casi ningún beneficio patrimonial para el incapacitado. Incluso podríamos pensar que, de establecer el causante esta posibilidad extrema (en que no es el incapacitado el que recibe el tercio de mejora y el de libre disposición, aunque sí percibe su cuota legitimaria en propiedad y la cuota de sus hermanos como fiduciario) que la Ley expresamente no impide, se burlaría el espíritu que inspiró la modificación de los artículos del C.c. El legislador estaría dando cauce a la posibilidad de una desheredación tácita de los legitimarios descendientes hermanos del discapacitado (obviamente, se refiere al incapacitado), que se verían privados de su*

---

<sup>819</sup> MARTÍN MALÉNDEZ, *Op. cit.*, pág. 100.

<sup>820</sup> MORENO FLÓREZ, *Op. cit.*, págs. 1.008 y 1.009.

<sup>821</sup> NÚÑEZ NÚÑEZ, *Op. cit.*, págs. 681 y 682.

*cuota legitimaria en beneficio, no del incapacitado, sino de un tercero favorecido con el tercio de libre disposición y de un descendiente mejorado”.*

¿A qué se refiere la autora con que, en este supuesto, se estaría perjudicando a los legitimarios fideicomisarios en relación con sus tercios de libre disposición y de mejora? ¿Acaso la libertad del testador respecto a estos dos tercios de la herencia no quedará exactamente igual que antes de la reforma introducida por la LPPD?

Los autores anteriormente expuestos deberían cuestionarse: ¿qué sucedería, entonces, en las grandes herencias en las que el testador, simplemente, con la sustitución fideicomisaria sobre todo el tercio de legítima estricta protegiera para el resto de su vida al incapacitado? ¿Debería igualmente, por fuerza, dejarle al incapacitado todo el tercio de libre disposición y el de mejora, o podría disponer el testador libremente de ellos, por ejemplo, entre el resto de herederos forzosos?

Un planteamiento interesante es el que realiza ESPEJO LERDO DE TEJADA<sup>822</sup>, al indicar: *“nos atrevemos a proponer una interpretación que supere esos posibles problemas. Pensamos que si algún sentido puede tener la nueva norma legal es el de permitir el avance o mejoramiento de la posición del incapacitado en cuanto a la percepción por éste de bienes del causante. Por eso, el gravamen de la legítima de los demás legitimarios hay que entenderlo justificado en la medida en que ese avance efectivo de la posición del incapacitado se produzca realmente. Entendemos que ese mejoramiento del incapacitado se debe cuantificar desde aquella cantidad que resultaría insuperable para el testador en el caso de que quisiera atribuir más bienes al incapacitado. Así, cualquier causante, sin necesidad de gravar la legítima, puede disponer a favor de un descendiente que sea legitimario de la totalidad de la parte libre y de la mejora, más la cuota concreta que le corresponda al mismo en la legítima estricta. Por tanto, se debería entender que el gravamen de la legítima sólo va a resultar permitido en el caso en que se quieran destinar al incapacitado todavía más bienes. Garantizada esta mayor percepción por el incapacitado, tanto dará que el resto de los bienes de la masa se destinen a extraño, o a sujetos que puedan ser mejorados (por ejemplo, nietos en vida de sus padres), como se destinen a los demás legitimarios, siempre (claro está) que los legitimarios queden al menos beneficiados en su legítima estricta como segundos llamados en la sustitución fideicomisaria”.*

---

<sup>822</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, “El gravamen...”, cit., pág. 123.

Dicho lo cual, nos llama la atención cómo defiende, en este punto, el autor que *“la razón de fondo del legislador de la reforma es que se beneficie efectivamente al incapacitado, no que se le deje poco más o menos como estaba”*, ya que tal razonamiento puede chocar con lo que el propio ESPEJO LERDO DE TEJADA exponía en el mismo artículo doctrinal<sup>823</sup>: *“no pensamos que esa finalidad del beneficio del incapacitado signifique que, en todos los casos que sobrevengan dudas de interpretación del precepto, se deba optar por la tesis que resulte más favorable al incapacitado”*.

También intenta buscar una solución intermedia DÍAZ ALABART, si bien, para ello, se ve obligada a matizar sus planteamientos. Y es que la autora comenzaba<sup>824</sup> afirmando que, aunque resultase un tanto extraño, lo cierto era que, a tenor de la ley, nada le impedía al testador poder disponer libremente del tercio de libre disposición y del de mejora, aunque hubiese constituido sobre el tercio de legítima estricta una sustitución fideicomisaria especial.

Así lo sigue defendiendo, también, en octubre de 2.006<sup>825</sup>, cuando concluye el apartado dedicado al estudio de este asunto preguntándose: *¿sería posible que el testador que gravó el tercio de legítima estricta con un fideicomiso a favor de su hijo o descendiente discapacitado (en realidad, incapacitado), puede disponer ‘ad libitum’ del tercio de libre, y con la mejora pueda beneficiar a algún hijo o descendiente no incapacitado? A tenor de la ley, nada se lo impide (...) La idea del legislador parece ser que el testador pueda dejar al incapacitado prácticamente todos sus bienes, incluso en perjuicio de los coherederos legitimarios. No que emplee las facultades que ahora le brinda la reforma para disponer de dos tercios de sus bienes como desee (obviamente el de mejora entre los sujetos mejorables), y prive prácticamente a los legitimarios de su derecho a la legítima estricta con el expediente de constituir el fideicomiso a favor del discapacitado. Sin embargo, la norma no impide esa posibilidad”*.

Algún autor, como, por ejemplo, NANCLARES VALLE<sup>826</sup>, únicamente, tiene en cuenta dichas afirmaciones de la autora, pero, sin embargo, éstas no son las últimas.

---

<sup>823</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, *Op. cit.*, pág. 143.

<sup>824</sup> DÍAZ ALABART, “La sustitución...”, cit., 2004, págs. 267 y 268.

<sup>825</sup> DÍAZ ALABART, “La sustitución...”, en *Homenaje al Profesor Lluís Puig I Ferriol*, págs. 1.057 y 1.058.

<sup>826</sup> NANCLARES VALLE, “La sustitución...”, cit., en su nota al pie 57.

Y es que, tan sólo dos meses después, en diciembre del mismo año<sup>827</sup>, la autora concluye las mismas manifestaciones que acabamos de exponer con la siguiente afirmación: *“una vez descartada la idea de que el testador conserve íntegras sus facultades de disposición sobre los dos tercios restantes de su herencia, la cuestión estriba en dilucidar hasta donde ve limitadas dichas facultades y los argumentos que apoyan la opinión que se adopte, pues lo que no es posible es que puesto que el artículo 808 C.c. in fine nada dice, su silencio se puede sustituir por la opinión particular del intérprete. El problema no tenía por qué haberse planteado si nuestro apresurado legislador se hubiera ocupado de aclarar la cuestión. (...) Así se puede entender que para poder gravar la legítima estricta con el fideicomiso (remedio excepcional), el tercio de mejora ha de ir también para el incapacitado. Por lo que respecta al tercio de libre disposición, creo que en nada ha de verse afectado por la constitución del fideicomiso, y que el testador fideicomitente podrá disponer a su antojo de él”*.

Siendo este el último pensamiento expuesto por la autora al respecto, entendemos que será el que debe prevalecer.

Como veremos a continuación, bajo nuestro punto de vista, estos planteamientos intermedios de los dos últimos autores podrían acercarse más a la realidad práctica, si bien, por los motivos que acabaremos apuntando, son igualmente rechazables.

La última corriente de autores que exponemos no puede ser otra que la que entiende que el testador, tras la modificación de la LPPD en nuestro C.c., queda facultado para establecer la sustitución fideicomisaria especial sobre el tercio de legítima estricta, pero también para disponer libremente del tercio de libre disposición, e, igualmente, del tercio de mejora en beneficio de cualquier hijo o descendiente.

Dentro de dicha corriente existe algún autor que comienza mostrando su disconformidad con tal postura, para finalmente acabar reconociéndola.

Así, entre otros, NANCLARES VALLE<sup>828</sup> cuando cuenta que *“en definitiva, se busca poder dejar al incapacitado más de lo que se le podía dejar hasta antes de la ley 41/2.003, de modo que el recurso a la sustitución fideicomisaria carecerá de justificación cuando el testador deje al incapacitado menos de lo posible. De admitirse*

---

<sup>827</sup> DÍAZ ALABART, “El discapacitado...”, cit., págs. 79 y 80.

<sup>828</sup> NANCLARES VALLE, “La sustitución...”, cit., págs. 149 y 151.

la situación contraria, se podría dar la paradoja de que el incapacitado recibiera únicamente el tercio de legítima estricta (parcial o totalmente gravado, según los casos, con la sustitución fideicomisaria) y, por tanto, menos que un extraño (cuando se dejase a éste íntegramente el tercio libre) o que otro hijo o descendiente no incapacitado (cuando se dejase a éste íntegramente el tercio de mejora)". Pero tras esta manifestación, concluye el autor afirmando que: "La redacción, sin embargo, es la que nos muestra el actual C.c. y con el texto de éste en la mano parece que ha de admitirse la disposición del tercio libre o del de mejora a favor de personas distintas del incapacitado. (...) Mientras tanto, habrá que admitir que el legislador ha posibilitado dejar toda la herencia al incapacitado pero no lo ha impuesto como requisito para poder hacer uso de la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta".

También GÓMEZ GÁLLIGO<sup>829</sup>, que aunque indica que "quizá hubiera sido más lógico imponer tal fideicomiso expresamente a la totalidad de la herencia o acudir a mecanismos más razonables como la obligatoriedad de dejar el tercio de libre disposición al discapacitado", finalmente, se decanta por aclarar que "se trata de una mera posibilidad y no de una imposición el que el fideicomiso especial a favor del discapacitado se extienda al tercio de libre disposición y al de mejora al mismo tiempo que al tercio de legítima estricta. Por lo que es perfectamente posible que se limite al tercio de legítima estricta y no se extienda al tercio de libre disposición (que podría atribuirse incluso a un extraño) ni al tercio de mejora (que se deje a otro hijo o descendiente)".

El resto de autores no se plantea otra posibilidad que no sea la contemplada en el C.c. tras la modificación sufrida por ésta tras la LPPD.

Por ejemplo, GONZALEZ PORRAS<sup>830</sup>, quien argumenta: "con el actual sistema hay algo que me llama la atención. Como lo único que ha cambiado es la posibilidad de gravar la legítima corta y destinarla en su totalidad al hijo o hijos incapacitados, en los otros dos tercios sigue lo mismo que antes con lo que poco favor se hace si el testador se limitase a recoger solamente la modificación. No creo que esa sea la idea del legislador, pero lo cierto es que lo deja en manos del testador que puede dejarle todo al incapacitado o solamente el tercio de legítima estricta".

---

<sup>829</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, "La sustitución...", cit., pág. 19.

<sup>830</sup> GONZALEZ PORRAS, *Op. cit.*, págs. 708 y 709,

También PEREÑA VICENTE<sup>831</sup>, quien entiende que *“la Ley no obliga al testador, cuando impone una sustitución fideicomisaria sobre la legítima a favor del hijo o descendiente incapacitado, a dejar a éste el tercio de mejora y el de libre disposición, por lo que puede ocurrir que deje este último a un extraño y el de mejora a otro de los hijos o descendientes”*.

LEÑA FERNÁNDEZ<sup>832</sup> por su parte, pide que se tenga en cuenta que en *“la Exposición de Motivos (VII-b) se dice lo siguiente: Se permite que el testador pueda gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta, pero sólo cuando ello beneficiare a un hijo o descendiente judicialmente discapacitado (el subrayado es mío). Pues bien, el “ello” contenido en este párrafo, unido como está al “sólo” por el adverbio “cuando”, claramente expresa que el beneficio necesario que el testador ha de conseguir para el incapacitado-fiduciario con la figura que regula (el fideicomiso legitimario), es precisamente el que se obtiene con “ello”, es decir, con el gravamen fideicomisario de la legítima estricta y no con la atribución en propiedad o en fideicomiso de otros bienes, aunque no excluya, ¡naturalmente! Que, además, el beneficio pueda extenderse a bienes comprendidos en los tercios de libre disposición y de mejora”*.

O SOLÉ RESINA<sup>833</sup>, quien considera que *“no es necesario dejar todo al incapacitado pues, de ser así, se limitaría excesivamente el poder de disposición mortis causa del testador, lo que podría dar lugar en la práctica a que los testadores desechasen esta figura”*.

Aunque, dentro de esta corriente de autores, la opinión más destacable es la de ALBALADEJO, no sólo por la importancia del autor en sí, sino porque primero defendió de forma incansable la imposibilidad del testador de disponer libremente del tercio de libre disposición y del de mejora si constituía la sustitución fideicomisaria especial, para dos años más tarde, acabar admitiendo tal posibilidad.

Expone el autor en un primer trabajo<sup>834</sup>: *“Comenzaré por el final diciendo, de entrada, que la conclusión a la que llegaré en esta comunicación es la de que la facultad de gravar la legítima estricta, estableciendo una sustitución fideicomisaria a favor de un descendiente legitimario incapacitado, es facultad para cuyo correcto uso se precisa*

---

<sup>831</sup> PEREÑA VICENTE, “Asistencia y...”, cit., pág. 128.

<sup>832</sup> LEÑA FERNÁNDEZ, *Op. cit.*, págs. 191 y 192.

<sup>833</sup> SOLÉ RESINA, “La sustitución...”, cit., pág. 985.

<sup>834</sup> ALBALADEJO, “El gravamen...”, cit., pág. 45.

*que el testador haya dispuesto de los tercios libre y de mejora enteros a favor del incapacitado, al que beneficia con la sustitución fideicomisaria.*

*(...) Después de diversos razonamientos, la anteriormente citada DÍAZ ALABART, llega a la conclusión de que el texto legal permite, por muy censurable que sea, el rarísimo e irrazonable resultado de que el testador pueda disponer según las reglas generales del tercio libre y del de mejora. No ya a favor del incapacitado, sino también a favor de otras personas que quiera; del libre incluso a favor de extraños; y del de mejora a favor de descendientes, y además con el fideicomiso gravar la legítima estricta de los legitimarios que no sean el incapacitado.*

*Ahora bien, yo pienso que eso no es así, y que tan insólita posibilidad, no es algo que esté legalmente en manos del testador a pesar de lo indeseable que sea, sino que por lo absolutamente irrazonable que es debe rechazarse. (...) ¿Qué justicia sería la de poder gravar la legítima corta a favor del incapacitado sin haber agotado antes en su favor el resto de la herencia? A nadie que lo piense con detenimiento se le ocurre que eso sea posible. Y únicamente ocurre que a un mal legislador se le ha escapado el no haberlo excluido expresamente. (...)*”.

ALBALADEJO llega, incluso, simpáticamente a preguntarse: *¿cómo cabe en cabeza de nadie, por mucho que pueda gastar un número altísimo de sombrero, de gorra o de boina, que del minimum intocable que es la legítima corta de un heredero forzoso pueda el testador sacar una sustitución fideicomisaria a favor del incapacitado, mientras dispone a favor de extraños del tercio libre o a favor de otros descendientes del de mejora?*

Sin embargo, tan sólo dos años después de dichas afirmaciones, el autor cambia por completo su postura al expresar en otro artículo doctrinal<sup>835</sup> que: *“Por supuesto que el tema central que se persigue con el nuevo art. 808.3º, al establecer el gravamen de la legítima corta de los demás legitimarios a favor del incapacitado, es que se pueda mejorar la sucesión de éste aún más de lo máximo normal, que era antes dejarle el tercio libre, el de mejora entero y su parte en la legítima estricta. (...) Pero lo prudente es autorizarle a esto, no imponérselo, porque el testador ante el problema del incapacitado, hará sin duda lo que crea mejor a la vista de quiénes le van a suceder, de los posibles riesgos de que el incapacitado falte pronto, etc.*

---

<sup>835</sup> ALBALADEJO, “A vueltas...”, cit., págs. 171 y 173.

*(...) En conclusión, no es que la ley exija que la sucesión extraordinaria, que es la sucesión como fiduciario del incapacitado, sólo puede entrar en juego si antes se dejó a éste toda la herencia (salvo, repito y archirepito, las legítimas cortas de los demás legitimarios gravadas por la sustitución), sino que se da al causante una oportunidad más (aparte del tercio libre, el de mejora y de las legítimas cortas), la de la sustitución fideicomisaria del incapacitado sobre las legítimas cortas de los demás. Oportunidad que se deja a su criterio (que probablemente será añadirla a lo demás que deja al incapacitado), pero que no fuerza a que haya de haber dejado necesariamente al incapacitado todos sus bienes. Y no fuerza a eso al causante, porque la ley no quiere que el gravamen extraordinario que de la legítima permite hoy el artículo 808.3º, sólo sea posible dejando sin nada de que disponer al causante, que sería lo que pasaría si para disponer dicho gravamen de la legítima, hubiese de haber dejado al incapacitado los tercios libre y de mejora.*

*Por eso, parece exagerado considerar (repito una vez más) que al incapacitado, para poder nombrarlo fiduciario de las legítimas estrictas de los otros legitimarios, ha de habersele dejado previamente toda la herencia, menos el fideicomiso sobre tales legítimas estrictas y el usufructo del viudo”.*

Finalizamos el presente apartado posicionándonos en esta última corriente de autores, ya que, en nuestra opinión, el testador que constituya una sustitución fideicomisaria especial a favor del hijo o descendiente incapacitado sobre el tercio de legítima estricta, seguirá disfrutando de plena libertad para decidir a quién irá a parar el tercio de libre disposición y a qué hijos o descendientes beneficiará con el tercio de mejora.

El motivo para pensar así no es otro que el hecho de que el legislador no haya modificado en el artículo 808 de nuestro C.c. la disposición del testador sobre el tercio de libre disposición y sobre el tercio de mejora, sino que sólo y exclusivamente modificó el tercio de legítima estricta.

De ahí que nos planteemos que si el legislador fue capaz de modificar el tercio más importante desde el punto de vista práctico e histórico, como es el de legítima estricta, ¿cómo no iba a llevarlo a cabo, igualmente, en el tercio de mejora y de libre disposición de haber sido ésta realmente su voluntad?

Haciendo nuestras las palabras de LEÑA FERNÁNDEZ<sup>836</sup>, en tanto la jurisprudencia no diga lo contrario, habrá que interpretar la ley objetivamente, es decir, entendiendo que dice lo que dice y no aquello a que ni siquiera hace referencia.

O, en palabras de ALBALADEJO<sup>837</sup>, “*es que no hay texto legal que sólo permita al testador nombrar fiduciario al incapacitado, gravando con sustitución fideicomisaria las legítimas cortas de los demás legitimarios, cuando haya dejado toda la herencia*”.

Ni que decir tiene que el testador, siempre que lo considere oportuno, quedará plenamente facultado para dejar toda la herencia a favor del hijo o descendiente judicialmente incapacitado (gravando la legítima estricta con la sustitución fideicomisaria especial), si bien no deberá entenderse así por defecto, en los casos en los que éste decida constituir la sustitución fideicomisaria especial a favor del hijo o del descendiente incapacitado judicialmente.

Para concluir, pongamos un ejemplo práctico: imaginemos un testamento en el que el causante ha constituido una sustitución fideicomisaria especial sobre el tercio de legítima estricta a favor de un hijo incapacitado, dejando, al mismo tiempo, el tercio de mejora a favor de otro de sus hijos, y el de libre disposición a favor de un hermano que lo acogió durante los últimos años de su vida. ¿Debemos considerar nulo el testamento porque el hermano del testador se ha beneficiado más que el hijo incapacitado judicialmente a cuyo favor se ha constituido la sustitución fideicomisaria especial? ¿Y si con la sustitución fideicomisaria del tercio de legítima estricta (imaginemos que abarque una casa y bastante dinero) el incapacitado haya quedado protegido eficazmente para el resto de su vida? ¿No sería lógico que fuese el testador el que decidiese cómo distribuir el resto de su herencia, cuando decida constituir la sustitución fideicomisaria especial a favor del hijo o descendiente judicialmente incapacitado?

Por todo lo anteriormente expuesto, consideramos interesante lanzar la siguiente pregunta: ¿No será que lo que intentan evitar algunos autores es la aceptación de que el legislador ha optado por acabar con el principio de la intangibilidad de la legítima estricta mediante esta figura especial?

---

<sup>836</sup> LEÑA FERNÁNDEZ, *Op. cit.*, pág. 192.

<sup>837</sup> ALBALADEJO, “A vueltas...”, *cit.*, pág. 172.

Y es que, guste o no, a raíz de la LPPD el legislador español ha comenzado a contemplar la posibilidad de gravar, única y exclusivamente, la “sagrada” legítima estricta en ciertos supuestos, con la reticencia que tal teoría puede suponer para aquellos autores que siguen abogando por la intangibilidad de la misma.

### **3.3.- Otros problemas que puede plantear la figura**

Los expuestos hasta el momento no son los únicos problemas que podemos encontrar a la hora de interpretar la figura especial que introduce la LPPD como medio de protección de los hijos o descendientes incapacitados judicialmente, sino que existen más, y todo ello debido, cómo no, a la falta por parte del legislador, de la finura jurídica necesaria para regular una institución jurídica de tal importancia.

#### **3.3.1.- ¿En qué momento ha de estar declarada la incapacidad judicial del fiduciario?**

No cabe ninguna duda de que el fiduciario de la sustitución fideicomisaria especial ha de ostentar la condición de incapacitado. Pero, ¿desde cuándo?

Obviamente, no planteará problema alguno el supuesto en el que la incapacidad se haya producido mediante sentencia judicial firme antes de que el testador hiciese testamento, siempre y cuando la incapacidad se mantenga al tiempo de la apertura de la sucesión, esto es, que el incapacitado no haya recobrado la capacidad de obrar para entonces.

Pero, fuera de estos supuestos, existen varias teorías en cuanto al momento en el que ha de haber recaído sentencia firme de incapacidad del fiduciario.

La primera es la defendida por los autores que consideran que la declaración de incapacidad podrá recaer con posterioridad al testamento otorgado por el causante, pero siempre antes de la muerte del testador.

Así lo entiende PEREÑA VICENTE<sup>838</sup> al manifestar “*lo importante será que exista la incapacitación judicial en el momento del fallecimiento del causante pues es entonces cuando el testamento despliega su eficacia*”.

Por su parte, LEÑA FERNÁNDEZ<sup>839</sup> razona que “*el hijo o nieto fiduciario tendrá que ser incapacitado judicialmente. Pero ¿tendrá que haberlo sido con anterioridad a la fecha del testamento en el que el fideicomiso ha sido establecido? Parece que la dicción literal de la modificación efectuada en el art. 808 así lo impone. Sin embargo, por aplicación de la doctrina jurisprudencial (STS 12 de junio de 1956, entre otras) aplicable al artículo 776 (sustitución ejemplar o cuasi pupilar) entiendo que lo único exigible es que al tiempo del fallecimiento del testador (no, por tanto, al tiempo del otorgamiento del testamento) el discapacitado haya sido ya incapacitado judicialmente*”.

Para RAGEL SÁNCHEZ<sup>840</sup> “*lo decisivo será que el descendiente esté incapacitado judicialmente en el momento cuando se produce el óbito del testador*”.

O también PUIG FERRIOL<sup>841</sup>, siempre en la misma línea, comenta que “*a ello conviene añadir la oportunidad de armonizar la interpretación del referido precepto y la del artículo 776,I C.c. en sede de sustitución ejemplar, que exige también la declaración de incapacidad del sustituido, requisito que según una extendida opinión doctrinal y jurisprudencial exigía que la incapacitación fuera decretada al tiempo de otorgarse la disposición testamentaria; pero que posteriormente se modifica en el sentido de admitirse la posibilidad de que la incapacitación sea decretada después y antes del fallecimiento del sustituido, que en el caso del artículo 808,III C.c. se traduciría en la oportunidad de decretarse la incapacitación después de haberse ordenado la sustitución fideicomisaria y antes de la muerte del ascendiente fideicomitente*”.

En nuestra opinión, no se puede trasladar lo sucedido en cuanto a la sustitución ejemplar con lo que ocurre con la sustitución fideicomisaria especial, ya que en la primera no se está gravando con su constitución al resto de herederos forzosos en su parte de legítima estricta.

---

<sup>838</sup> PEREÑA VICENTE, “El derecho...”, cit., pág. 3.

<sup>839</sup> LEÑA FERNÁNDEZ, *Op. cit.*, pág. 189.

<sup>840</sup> RAGEL SÁNCHEZ, “Artículo 808...”, cit., pág. 5862.

<sup>841</sup> PUIG FERRIOL, “Protección del...”, cit., pág. 294.

Por ello, coincidimos con el planteamiento de los autores expuestos, cuando permiten que la declaración de incapacitación se produzca antes y después del testamento.

Sin embargo, nos preguntamos, ¿y qué pasaría si el procedimiento de incapacitación del hijo o descendiente del testador se hubiese iniciado con anterioridad a la apertura de la sucesión, pero al fallecimiento del causante aún no hubiese sentencia firme al respecto?

Entendemos, que de haberse instado el procedimiento de incapacitación con anterioridad a la muerte del testador, la sustitución fideicomisaria especial será válida siempre y cuando la sentencia, finalmente, establezca la declaración de incapacitación del hijo o descendiente del causante.

A tal conclusión llegamos, principalmente, por tres motivos: el primero, porque entendemos que así lo exige el espíritu protector de la LPPD; el segundo, porque consideramos que ni las personas incapacitadas, ni los testadores (cuya voluntad quedaría incumplida de no protegerse con esta figura al hijo o descendiente incapacitado), deben pagar las consecuencias (y más unas de este calibre) de la dilación en el tiempo a la que estamos expuestos en España a la hora de iniciar un procedimiento judicial de incapacitación; y el tercero, porque el artículo 785.2 del C.c. contempla que para los casos de indignidad sucesoria del artículo 756.2 y 3, “*se esperará a que se dicte la sentencia firme*” para calificar la capacidad del heredero o legatario, debiendo quedar puesta en administración la herencia hasta dicho momento, criterio que, por analogía, consideramos aplicable al supuesto planteado.

En este sentido, DÍAZ ALABART<sup>842</sup> expone: “*es más, creo que sería posible que si habiéndose dispuesto el fideicomiso, antes de la sentencia de incapacitación, y la muerte del fideicomitente se produjera comenzado el procedimiento de incapacitación, podría entenderse que la sustitución fideicomisaria será válida si el procedimiento finaliza con una sentencia de incapacitación. La razón para opinar así no es otra que primar la protección del incapacitado*”.

RIPOLL SOLER<sup>843</sup>, por su parte, entiende que “*la incapacitación si no está declarada judicialmente antes del fallecimiento sí que deberá estar instada, pues el causante, en tal caso, ya ha hecho todo lo que está en su mano para adecuar la situación jurídica de*

---

<sup>842</sup> DÍAZ ALABART, “El discapacitado...”, cit., pág. 67. En los mismos términos, en su otro trabajo “La sustitución...”, nota al pie 16.

<sup>843</sup> RIPOLL SOLER, *Op. cit.*, pág. 826.

*su hijo a la realidad que le ha tocado vivir y no se le puede penalizar por una eventual dilación judicial”.*

También NANCLARES VALLE<sup>844</sup> comenta que *“dicha sustitución fideicomisaria dispuesta en contemplación de la incapacitación ya promovida sí que resulta defendible pues al ser temporalmente limitada la pendencia de la condición legal y al acotarse el periodo de duración de la administración provisional, el posible perjuicio que se irrogue a los colegitimarios quedará compensado con la expectativa de dar cumplimiento a la voluntad del testador y de proteger patrimonialmente al hijo o descendiente cuya incapacitación sea declarada”.*

MARTÍN MELÉNDEZ<sup>845</sup> al preguntarse qué pasa si al abrirse la sucesión el procedimiento de incapacitación se ha iniciado pero todavía no ha recaído sentencia en la que se declare al hijo o descendiente incapacitado, responde que *“la mayoría de los autores se ha decantado por estimar que en este caso sería eficaz la sustitución, siempre, claro está, que el procedimiento concluyera con la incapacitación del fiduciario. Nosotros también lo creemos así”.*

Eso sí, hemos de remarcar que, en nuestra opinión, la figura especial en la que la declaración de incapacitación del fiduciario se produjese con posterioridad a la apertura de la sucesión, únicamente será válida cuando el procedimiento de incapacitación se hubiese instado con anterioridad al fallecimiento del testador. En ningún otro caso creemos que la declaración de incapacitación posterior al fallecimiento del testador podrá ser objeto del tipo de sustitución fideicomisaria que venimos estudiando.

Precisamente tal pensamiento, el de considerar que el procedimiento de incapacitación podrá iniciarse, incluso, con posterioridad al fallecimiento del causante, es el que defiende la última corriente de autores que traemos a colación, de la que destacamos a ESPEJO LERDO DE TEJADA<sup>846</sup> al indicar que *“en esta materia lo relevante debe ser que la pérdida de la capacidad de autogobierno opere ya en el momento de abrirse la sucesión, con independencia de que exista o no sentencia de incapacitación o se haya iniciado o no con anterioridad este procedimiento. Por tanto, bastaría para entender que el fideicomiso es válido que el procedimiento de incapacitación, aún iniciado*

---

<sup>844</sup> NANCLARES VALLE, “La sustitución...”, cit., pág. 137.

<sup>845</sup> MARTÍN MELÉNDEZ *Op. cit.*, pág. 65.

<sup>846</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, “El gravamen...”, cit., pág. 137.

*después de la apertura de la sucesión, acredite que en ese momento ya operaba la causa de incapacidad. Nos parece que ésta es la solución que mejor corresponde a una norma de carácter protector como la que comentamos y la que permite alcanzar la finalidad de fomento de la incapacitación”.*

También MORENO FLÓREZ<sup>847</sup> considera que *“en este punto, hay que decantarse por la interpretación más amplia, admitiendo incluso que la declaración de incapacitación se inste con posterioridad a la apertura de la sucesión. Si el testador ha dispuesto la sustitución fideicomisaria es porque la discapacidad que padezca un hijo o descendiente es de tal entidad que le hace susceptible de ser declarado incapaz, y habrá previsto esa circunstancia en la disposición testamentaria. Esta interpretación es la que, entiendo, mejor responderá a cubrir las necesidades del incapaz. No parece lógico que se prive al discapaz, futuro incapacitado, del beneficio de la sustitución fideicomisaria, por el hecho de que no hubiese recaído sentencia o incluso no se hubiese iniciado el procedimiento de incapacitación”.*

Asimismo, MARTÍN MELÉNDEZ<sup>848</sup> coincide con este planteamiento, cuando manifiesta que *“en cuanto a la posibilidad de constituir la sustitución fideicomisaria sometida a la condición suspensiva de que el hijo o descendiente sea incapacitado en el futuro, iniciándose el procedimiento de incapacitación una vez fallecido el causante, no vemos inconveniente para ello siempre que la causa de incapacitación concurriera en el momento de abrirse la sucesión”.*

Obviamente, no podemos compartir la posibilidad de que la herencia del testador quede en administración hasta que se produzca la sentencia de incapacitación, o lo que es peor aún, hasta que haya certeza de que, finalmente, la persona no necesita ser incapacitada. Esto, bajo nuestro punto de vista, sí que podría suponer una verdadera desheredación de los herederos forzosos, así como, incluso, del propio enfermo. Imaginemos el supuesto de una persona que se encuentra en la primera etapa de una enfermedad degenerativa y a la que el testador ha decidido proteger dejándole toda la herencia a su favor, incluido el tercio de legítima estricta mediante la sustitución fideicomisaria especial, cuando llegue a ser incapacitada. ¿Deberemos entender que hasta que esa persona no alcance el grado de deficiencia persistente psíquica o física como para ser incapacitado, se inicie el

---

<sup>847</sup> MORENO FLÓREZ, *Op. cit.*, pág. 1.016.

<sup>848</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, *La sustitución...*, cit., pág. 66.

procedimiento y se dicte, finalmente, la sentencia de incapacitación, la herencia deberá quedar “congelada” en manos de un administrador? ¿Acaso no resulta esto mucho más perjudicial para el resto de herederos forzosos? Es más, creemos que incluso sería más perjudicial para el propio enfermo, al cual, desde la muerte del testador, seguramente le sería más provechoso poder disfrutar del tercio de libre disposición, del de mejora y de su parte de legítima estricta (cuando así lo disponga el testamento del causante, por ser su voluntad la de protegerle lo máximo posible), que no esperar a estar incapacitado para, sólo entonces, poder disfrutar de dichos porcentajes más el resto del tercio de legítima estricta como fiduciario. O, por último, nos planteamos, ¿y si, finalmente, no llega a ser incapacitada dicha persona? ¿Qué ocurriría, entonces, con la herencia administrada?

Todos estos inconvenientes de incalculables consecuencias jurídicas para todos los implicados en la herencia, no se producen en la teoría que defendemos, conforme a la cual, al estar ya iniciado antes del fallecimiento del testador el procedimiento de incapacitación, el tiempo en el que la herencia permanecerá siendo administrada es mucho menor, dependiendo “simplemente” de la celeridad de los tribunales para saber si la persona que sufría la enfermedad en cuestión, ha sido o no declarada incapacitada, y por ende, si la sustitución fideicomisaria especial es o no válida.

Por último, existen otros autores (en realidad en esta línea sólo hemos encontrado dos) que, aunque parezca imposible, consideran que la sustitución fideicomisaria especial podrá constituirse en cualquier momento posterior a la apertura de la sucesión, sin necesidad de que la enfermedad o discapacidad que origine la incapacitación, existiese antes del fallecimiento del testador (requisito que sí exigían los autores anteriores), sino que, únicamente, exigen como condición que se produzca la incapacitación del heredero en el futuro, aunque éstos al morir el causante tenga su plena capacidad de obrar y no sufran ninguna enfermedad.

Así, por ejemplo, lo considera GÓMEZ GÁLLIGO<sup>849</sup> al exponer que “*para que pueda constituirse el fideicomiso por parte del causante, es preciso que la declaración de incapacitación exista en el momento de la apertura de la sucesión. Pero nada obsta a que se imponga con carácter condicional, esto es, sujeta a la condición de que se produzca la incapacitación en cualquier momento posterior a la apertura de la*

---

<sup>849</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, *Op. cit.*, pág. 17.

*sucesión; el inconveniente en tal caso, es el mismo que en cualquier supuesto de institución condicional, cual es que habrá que poner la herencia en administración hasta que se cumpla la condición o haya certeza de que la condición no va a cumplirse (art. 801 del Código Civil)”*.

Para oponernos al planteamiento de este autor nos vale con el mismo ejemplo<sup>850</sup> que él usa para defender su teoría, cuando recoge “*por ejemplo: instituyo herederos a mis hijos..., si bien en caso de que mi hijo Fulanito sea judicialmente incapacitado, tendrán aquéllos la consideración de herederos fideicomisarios siendo fiduciario este último*”.

Con esta afirmación, se está defendiendo la posibilidad de que la herencia esté siempre condicionada ¿Y si “Fulanito” llega a ser incapacitado 30 años después de la apertura de la sucesión y ya no hay herencia? ¿Qué derechos tendría, entonces, éste contra el resto de herederos-fideicomisarios? Si el “posible” fiduciario inscribiera dicha sustitución fideicomisaria condicional en el registro, ¿quién compraría bienes sobre los cuales recaerá una posible sustitución fideicomisaria que se constituiría en el supuesto de que una persona que, hoy por hoy, tiene plenitud de facultades mentales y físicas, sea incapacitada en un futuro?

El segundo autor que se posiciona en esta corriente es MARTÍNEZ MARTÍNEZ<sup>851</sup>, el cual coincide, literalmente, con el argumento de GÓMEZ GÁLLIGO cuando manifiesta que “*para su constitución por parte del causante, es necesario que la declaración de incapacitación deba existir en el momento de la apertura de la sucesión, aunque puede hacerse también con carácter condicional, esto es, sujeta a la condición de que se produzca la incapacitación en cualquier momento posterior a la apertura de la sucesión, lo que llevará consigo en este caso que se tenga que poner la herencia en administración hasta que se cumpla la condición o haya certeza de que la condición no va a cumplirse (art. 801 del Código Civil)”*.

Particularmente, entendemos que el desaguizado creado por el legislador con su redacción dada a la LPPD es lo suficientemente grande, como para justificar todas aquellas opiniones doctrinales que, en principio, pueden parecer sin base ni fundamento jurídico.

---

<sup>850</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, *Op. cit.*, pág. 17, nota al pie 4.

<sup>851</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Op. cit.*, pág. 906.

### 3.3.2.- La sustitución fideicomisaria especial, ¿puede ser a término o condicional?

Debido a la importancia de la figura que venimos estudiando, es lógico que nos preguntemos: ¿podrá depender la duración de la sustitución fideicomisaria especial de un término concreto fijado por el testador? ¿Podrá someterse la efectividad de la figura especial al cumplimiento o incumplimiento de una condición impuesta por el causante?

Adelantamos nuestra respuesta negativa a ambos planteamientos.

En cuanto a la posibilidad de que la figura especial sea condicional, la respuesta la encontramos en el capítulo anterior, cuando reiterábamos la importancia de distinguir, como hacen nuestra doctrina y el Tribunal Supremo, entre una sustitución fideicomisaria a término y una condicional, ya que mientras en la primera el fideicomisario (incluso, aunque muera antes que el fiduciario) adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del causante, transmitiendo desde entonces su derecho a sus herederos (artículo 784 del C.c.), en la sustitución fideicomisaria condicional, por el contrario, el heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos (artículo 759 del C.c.).

Y es que, a diferencia de la sustitución fideicomisaria ordinaria (que podría recaer sobre el tercio de libre disposición o sobre el de mejora, siempre a favor de hijo o descendiente del testador), la especial afecta al tercio de legítima estricta, por lo que, bajo ningún concepto, puede permitirse que si el fideicomisario falleciese antes de que la condición se cumpla, éste deje de transmitir a sus herederos lo que le corresponda por legítima estricta.

En el sentido opuesto al nuestro se expresa ESPEJO LERDO DE TEJADA<sup>852</sup>, cuando manifiesta: *“se ha dicho que la única sustitución fideicomisaria que se permite en el sistema actual como pago de legítima es la sustitución pura, y no se podría sujetar a condición alguna, ni a término distinto de la muerte del fiduciario. (...) Una cosa sería que no se pudiera, en perjuicio del fideicomisario, establecer alguna condición o término diferente de los indicados legalmente, y otra que no se pudiera establecer esa condición o término adicional en su beneficio. (...) Así, por ejemplo, no veríamos obstáculo alguno a que el causante estableciera el fin del fideicomiso a la llegada del*

---

<sup>852</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, “Artículo 808...”, cit., pág. 794.

*incapaz a cierta edad, a un cierto nivel de renta o de patrimonio o a una mejoría objetiva de sus condiciones de salud, aunque no supongan la salida del estado de incapacitación”.*

Siguiendo la opinión de dicho autor, GALICIA AIZPURÚA<sup>853</sup> también expone que *“incluso parece admisible que el testador, en ejercicio de la posibilidad que le brindan los arts. 782 y 808.III, module la duración de la sustitución en beneficio de los fideicomisarios sometiéndola a un término distinto al de la muerte del fiduciario incapacitado o a una condición resolutoria que conduzca a su desaparición con anterioridad al recobro de la plena capacidad por parte de aquél, como si, verbigracia, ordena que la situación cese al llegar el incapaz a cierta edad, o a un determinado nivel de renta o de patrimonio o a una mejoría objetiva de sus condiciones de salud, aunque no supongan la salida del estado de incapacitación”.*

Ante las opiniones expuestas de los autores, nosotros nos planteamos, ¿y qué ocurriría si en la sustitución fideicomisaria especial constituida con una condición favorable al fideicomisario, éste falleciese antes de que la condición se cumpla?

Pues la respuesta parece clara, dado que la regulación de la sustitución fideicomisaria ordinaria sirve a la especial en todo aquello que no que expresamente determinado en el C.c. Por ello, en dicho supuesto, el fideicomisario que premuere al fiduciario no transmite a sus herederos lo que le hubiese correspondido por legítima estricta, sino que dicha porción acrecentaría la legítima del fiduciario incapacitado.

Así también lo entiende PÉREZ HEREZA<sup>854</sup>, cuando directamente se pregunta: *“¿cabe un fideicomiso condicional? Creo que no porque por la aplicación del artículo 759 C.c. podría suponer despojar de su legítima al legitimario que premuera al cumplimiento de la condición”.*

O, en el mismo sentido, se pronuncia LEÑA FERNÁNDEZ<sup>855</sup>, al manifestar que *“ciertamente, la modificación efectuada de los artículos del Código civil no limitan 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 sólo admite el gravamen de la*

---

<sup>853</sup> GALICIA AIZPURUA, *Op. cit.*, pág. 5.728.

<sup>854</sup> PÉREZ HEREZA, *Op. cit.*, pág. 59.

<sup>855</sup> LEÑA FERNÁNDEZ, *Op. cit.*, págs. 195 y 196.

*legítima estricta con el fideicomiso regulado, pero no la privación de esa legítima estricta, cosa que podría ocurrir si no se cumpliera la condición puesta por el testador a los fideicomisarios en el fideicomiso condicional (...). Siempre que la condición impuesta en el fideicomiso pueda terminar siendo un condicionamiento sobre la legítima, aquélla habrá que entenderla nula y, por tanto, como no puesta”.*

Sin embargo, este último autor sí considera posible la sustitución fideicomisaria especial a término, cuando manifiesta: “*entiendo que sí ya que esta limitación para nada afectará a la legítima estricta, sino que, por el contrario, ésta quedará liberada del gravamen fideicomisario permitido, antes de la llegada de su término natural (el fallecimiento del fiduciario). (...) Y estimo que no sólo cabrá un plazo cierto (en el momento que el incapacitado cumpla 40 años o a los 20 años de fallecido el testador), sino también un plazo incierto, como pudiera serlo el fallecimiento del cónyuge del testador o de algún fideicomisario determinado siempre que ocurra durante la vida del fiduciario...*”.

Por nuestra parte, discrepamos del ilustre notario en cuanto a la posibilidad de que la sustitución fideicomisaria especial pueda quedar fijada en otro término que no sea la muerte del fiduciario o la recuperación de la capacidad por parte del fiduciario, ya que, como hemos repetido en diversas ocasiones, la finalidad de la ley que introduce en nuestro Ordenamiento la figura especial que venimos estudiando es la de proteger al incapacitado judicialmente, no la de permitir aquellas posibilidades que favorezcan a los fideicomisarios (personas con plenitud de facultades) frente al fiduciario (persona incapacitada judicialmente).

O, visto desde otro punto, y usando los propios ejemplos de LEÑA FERNÁNDEZ, ¿qué ocurriría con el hijo o descendiente incapacitado del testador cuando cumpliera 40 años y el único bien de la herencia fuese el piso del causante? ¿O en los supuestos en los que, tras el fallecimiento del cónyuge superviviente, el incapacitado quedase desprovisto de la protección que venía recibiendo?

En definitiva, consideramos que la LPPD desde su propia Exposición de Motivos anuncia que las medidas de protección que introduce, velan por la protección de las personas con discapacidad e incapacitadas durante toda su vida, sin que puedan ser fijadas dichas medidas para un plazo concreto.

Literalmente expone en su apartado I que *“esta ley tiene por objeto regular nuevos mecanismos de protección de la persona con discapacidad, centrados en un aspecto esencial de esta protección, cual es el patrimonial. Efectivamente, uno de los elementos que más repercute en el bienestar de las personas con discapacidad es la existencia de medios económicos a su disposición, suficientes para atender las específicas necesidades vitales de los mismos”* (el subrayado es nuestro).

En el mismo sentido recoge literalmente el artículo 6.1 de la propia LPPD en referencia a la extinción del patrimonio protegido, figura referente de la norma de 2003, que: *“El patrimonio protegido se extingue por la muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario o por dejar éste de tener la condición de persona con discapacidad de acuerdo con el artículo 2.2 de esta ley”*.

Podemos llegar a la conclusión de que si la duración de la figura central de la LPPD es precisamente la muerte o declaración de fallecimiento de la persona con discapacidad, o el momento en el que ésta abandona tal condición, igualmente la sustitución fideicomisaria introducida por la LPPD tendrá la misma duración, es decir, hasta que el incapacitado fallezca o recobre la capacidad.

Así lo entiende RIVAS MARTÍNEZ<sup>856</sup> al indicar que *“se ha dicho que la sustitución fideicomisaria es sustitución pura. El derecho del fideicomisario a la herencia es cierto desde el momento mismo de la muerte del causante, no estando sujeta a condición alguna ni a término distinto de la muerte del fiduciario. El fallecimiento del fiduciario y el cese de la incapacitación, marcan el momento en que los bienes fideicomitados harán tránsito al o a los fideicomisarios. Si alguno de éstos, habiendo sobrevivido al causante, muere antes que el fiduciario, los bienes objeto del fideicomiso que le hubieren correspondido irán a sus propios herederos, al fallecimiento del primer llamado (art. 784)”*.

O también RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN<sup>857</sup>, cuando manifiesta al respecto que *“la sustitución fideicomisaria que permiten los arts. 782, 808 y 813 es sustitución pura. El derecho del fideicomisario a la herencia es cierto desde el momento mismo de la muerte del causante, no estando sujeto a condición alguna, ni a término distinto a la muerte del fiduciario. El fallecimiento del fiduciario (y seguramente también el cese de*

---

<sup>856</sup> RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de...*, cit., pág. 1.484.

<sup>857</sup> RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, *Op. cit.*, pág. 363.

*la incapacitación) marca el momento en que los bienes fideicomitidos harán tránsito al o a los fideicomisarios. Si alguno de éstos, habiendo sobrevivido al causante, muere antes que el fiduciario, los bienes objeto de fideicomiso que a aquél hubieran correspondido irán a parar a sus propios herederos, al fallecimiento del primer llamado (artículo 784 del C.c.)”.*

De igual forma, deberá entenderse implícito dicho pensamiento en las afirmaciones de los autores que se limitan a exponer que la sustitución fideicomisaria especial cesará o bien en el momento que fallezca el fiduciario incapacitado, o bien cuando éste recupere la capacidad.

Así, por ejemplo, lo hace RIVERA ÁLVAREZ<sup>858</sup> al exponer: *“consideramos que usualmente se dispondrá por el testador la sustitución fideicomisaria con el carácter de pura o normal, entendiendo el momento del segundo llamamiento para el caso de muerte o recuperación de la capacidad por el fiduciario”.*

O también RAGEL SÁNCHEZ<sup>859</sup>, cuando indica que *“el nuevo artículo 808.3 C.c. permite que el testador pueda poner su patrimonio en manos del descendiente incapacitado durante toda su vida o mientras permanezca en situación de incapacitación (...)”.*

La cuestión planteada en el presente epígrafe no existiría si el legislador de 2.003 hubiese reparado en fijar en el artículo 808, párrafo 3º del C.c. la duración de la sustitución fideicomisaria durante toda la vida del incapacitado, siempre y cuando continuase ostentando tal condición, pudiendo quedar la redacción que proponemos en algo similar a: *“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 durante toda su vida y siempre que ostenten tal condición, y fideicomisarios los herederos forzosos”.*

Con **una** redacción de ese tipo, consideramos que la duda a la que dedicamos este epígrafe no existiría.

---

<sup>858</sup> RIVERA ÁLVAREZ, *Op. cit.*, págs. 4.204 y 4.205.

<sup>859</sup> RAGEL SÁNCHEZ, “Artículo 808...”, *cit.*, pág. 5.865.

### 3.3.3.- ¿Qué sucede si el fiduciario incapacitado recupera la capacidad?

Nos referimos a los supuestos en los que el cese de la incapacitación del fiduciario se produzca mediante sentencia judicial firme y con posterioridad a la apertura de la sucesión, ya que, de producirse con anterioridad a dicho momento, simplemente quedaría sin efecto la cláusula fideicomisaria establecida en el testamento por faltar el requisito *sine qua non* exigido para su constitución, y de ahí que ni siquiera pudiésemos hablar del cese de la incapacidad del fiduciario, porque nunca hubo fiduciario al no surtir efecto la institución.

La opinión doctrinal es unánime al entender que el cese de la incapacitación únicamente se podrá llevar a cabo mediante otra sentencia judicial firme que declare la vuelta al estado civil de persona con capacidad de obrar del, hasta entonces, incapacitado.

Junto a esto, hemos de recordar que la incapacitación del fiduciario es una *conditio iuris* de la sustitución fideicomisaria, por lo que su cese surtirá efectos resolutorios sobre la institución, volviendo los bienes fideicomitados a formar parte del tercio de legítima estricta del caudal relicto del testador, debiéndose repartir por partes iguales entre el hijo que recuperó la capacidad, antiguo fiduciario, y el resto de herederos forzosos, los cuales actuaban como fideicomisarios.

Así, DÍAZ ALABART<sup>860</sup> considera que “*si el fiduciario recuperara la capacidad, la condición, que si no se cumple no permite crearlo, si una vez creado deja de cumplirse, tiene efectos resolutorios sobre el fideicomiso. Por tanto, al desaparecer el fideicomiso, los bienes que lo componían recuperan totalmente su naturaleza esencial: vuelven a ser, ya sin gravamen, el tercio de legítima estricta de la herencia del testador*”.

También LEÑA FERNÁNDEZ<sup>861</sup> entiende que “*naturalmente, si el fiduciario incapacitado recobra su capacidad en cualquier momento y se produce la modificación pertinente de la declaración judicial de incapacidad, se extinguirá el fideicomiso, pasando el tercio de legítima a ser propiedad libre del fiduciario y de los fideicomisarios por partes iguales. Realmente la sentencia modificativa de la incapacitación y declarativa de la capacidad del fiduciario actuará como una condición resolutoria del fideicomiso por falta de un requisito esencial del mismo*”.

---

<sup>860</sup> DÍAZ ALABART, “La sustitución...”, cit., pág. 1.049.

<sup>861</sup> LEÑA FERNÁNDEZ, *Op. cit.*, pág. 204.

Por su parte RIVAS MARTÍNEZ<sup>862</sup> cuenta que “*la nueva sentencia firme que constituye y restituye el estado de plena capacidad tiene efectos resolutorios sobre el fideicomiso, éste se tendrá por no puesto y los coherederos forzosos podrán hacer efectivos sus derechos sin la limitación de la sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, que quedará libre del gravamen.*”

MARTÍN MELÉNDEZ<sup>863</sup>, siempre en la misma línea, argumenta que “*también puede ocurrir que el fiduciario recupere la capacidad y deje de estar incapacitado judicialmente, para lo cual será necesario que haya recaído sentencia por la que se haya reintegrado la capacidad al incapacitado. En este caso, como pensamos que la incapacitación es una conditio iuris resolutoria implícita de esta figura, se resolvería el fideicomiso y los bienes fideicomitidos irían a parar a los legitimarios que hasta entonces habían sido fideicomisarios*”.

Acabando con el presente apartado, nos resulta interesante traer a colación la teoría de ESPEJO LERDO DE TEADA<sup>864</sup>, quien entiende que la extinción del fideicomiso por el cese de incapacitación plantea el problema de que no todos los posibles legitimarios interesados en el cese de la incapacitación se encuentran legitimados para instar el procedimiento de reintegración de la capacidad en base a los artículos 761.2<sup>865</sup> y 751.1<sup>866</sup> de la LEC, poniendo el ejemplo de que, en la línea colateral, sólo estarán legitimados para instar dicho procedimiento los hermanos y no los tíos o sobrinos del incapacitado, que bien pudieran ser, en su caso, los legitimarios cuya legítima soporta la sustitución fideicomisaria especial. Entonces en dichos supuestos, ¿podrá el todavía incapacitado que haya recobrado su capacidad de obrar vivir plácidamente usando la sustitución fideicomisaria especial sobre el tercio de legítima estricta de sus colaterales?

---

<sup>862</sup> RIVAS MARTÍNEZ, Derecho de..., cit., pág. 1478.

<sup>863</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, *Op. cit.*, pág. 77.

<sup>864</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, “El gravamen...”, cit., pág. 134, nota al pie 36.

<sup>865</sup> Establece el art. 761.2 de la LEC: “*corresponde formular la petición para iniciar el proceso a que se refiere el apartado anterior, a las personas mencionadas en el apartado 1 del artículo 757, a las que ejercieren cargo tutelar o tuvieran bajo su guarda al incapacitado, al Ministerio Fiscal y al propio incapacitado*”.

<sup>866</sup> Por su parte, el art. 757.1 de la LEC dispone: “*la declaración de incapacidad puede promoverla el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes, o los hermanos del presunto incapaz*”.

En nuestra opinión, dicha situación no llegará nunca a producirse, principalmente, por dos motivos, que son los que destaca DÍAZ ALABART<sup>867</sup>, cuando, tras exponer la teoría de ESPEJO LERDO DE TEJADA, argumenta que *“aparte de que el propio incapacitado normalmente tendrá un interés de recuperar su capacidad de un grado superior al de conservar el fideicomiso, nada impide a los colegitimarios interesados poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos, para que sea éste si así lo considera quien formule la petición para iniciar el proceso de reintegración de la capacidad”*.

Y es que, tal y como recuerda la autora, el artículo 757.3 de la LEC determina que *“cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal”*.

En el mismo sentido que la autora, se pronuncian también NANCLARES VALLE<sup>868</sup> y MARTÍN MELÉNDEZ<sup>869</sup>.

### **3.3.4.- Sustitución fideicomisaria especial de residuo y tangibilidad cuantitativa de la legítima**

Como último problema que plantea la regulación dada por el legislador del 2.003 a la sustitución fideicomisaria especial es la posibilidad, o no, de que dicha sustitución fideicomisaria sea de residuo.

A esta cuestión ni siquiera alude la Ley 41/2.003, aunque, por la transcendencia que puede tener en la vida real el supuesto de hecho que regula, debería haber sido objeto de una solución en la propia ley.

De admitirse tal posibilidad, estaríamos hablando de un mayor alcance jurídico de la figura, si cabe, dado que, en tal supuesto, no conllevaría sólo la tangibilidad cualitativa

---

<sup>867</sup> DÍAZ ALABART, “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2.003, de 18 de Noviembre, de protección patrimonial de personas con discapacidad)”, en *Aranzadi Civil*, N° 1, 2.006, pág. 2.105.

<sup>868</sup> NANCLARES VALLE, “La sustitución...”, cit., pág. 139.

<sup>869</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, *Op. cit.*, pág. 78.

de la legítima estricta, sino que la sustitución fideicomisaria especial de residuo podría, incluso, suponer la tangibilidad cuantitativa de la misma, o dicho de otro modo, que los legitimarios podrían no recibir nada de la herencia del difunto al haber facultado el testador al fiduciario para disponer libremente de los bienes fideicomitidos, lo cual podría llegar a suponer la desheredación del resto de herederos forzosos, es decir, de los fideicomisarios.

De ahí que nos enfrentemos en este punto a una de las cuestiones más problemáticas, controvertidas, y de mayor interés doctrinal en los últimos tiempos: ¿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?

Como en todas las dudas existentes acerca de la figura especial que venimos estudiando, la doctrina no es unánime a la hora de interpretar el asunto, y, por un lado, nos encontramos con una corriente negativa de autores que consideran que el nuevo alcance de la sustitución fideicomisaria no alcanza la posibilidad de establecer una institución de residuo, y por otro, los que consideran justo lo contrario.

### **3.3.4.a).- Corriente doctrinal negativa**

Como primer autor de la corriente negativa de autores que consideran que la sustitución fideicomisaria especial introducida por la LPPD no podrá ser de residuo, traemos a colación el pensamiento de ALBALADEJO<sup>870</sup>, 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 ésta a todos los demás legitimarios que no fuesen el incapacitado”.*

---

<sup>870</sup> ALBALADEJO, El gravamen..., cit., pág. 43.

LEÑA FERNÁNDEZ<sup>871</sup> es otro de los autores que se posicionan en esta corriente negativa, al considerar 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 sólo 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 cumpliera 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”*.

GÓMEZ GÁLLIGO<sup>872</sup> por su parte, considera: *“la posibilidad de que el fideicomiso sobre el tercio de legítima estricta de los fideicomisarios se configure como un fideicomiso de residuo, a mi juicio no es aceptable. (...) A la conclusión favorable debe llegarse en cuanto a la parte de los bienes de la herencia afectados por el fideicomiso que se imputan al tercio de libre disposición. Pero los relativos al tercio de mejora y a la legítima estricta no admite fideicomiso de residuo. En efecto, al tratarse de supuestos excepcionales de gravamen de la legítima (sea mejora o legítima corta), van en contra de la regla general de intangibilidad de la legítima, y por tanto deberá concluirse que los preceptos reguladores de esta institución deben interpretarse restrictivamente y no aceptar tal posibilidad”*.

Podemos entender que el autor vaya en contra de la posibilidad de que la sustitución fideicomisaria especial de residuo grave el tercio de legítima estricta por las consecuencias que ello conlleva, pero ¿también en contra de la sustitución fideicomisaria ordinaria de residuo sobre el tercio de mejora?

En nuestro Ordenamiento jurídico, tal y como estudiamos en uno de los epígrafes anteriores, no existe ninguna duda en cuanto a que la sustitución fideicomisaria de residuo podrá recaer no sólo sobre el tercio de libre disposición, sino también sobre el tercio de mejora, siempre y cuando sea a favor de los descendientes, de ahí que no coincidamos con el pensamiento del autor al respecto.

---

<sup>871</sup> LEÑA FERNANDEZ, *Op. cit.*, pág. 195.

<sup>872</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, *Op. cit.*, pág. 24.

En la misma línea, MARTÍN MELÉNDEZ<sup>873</sup> se plantea: “¿cabría que el causante estableciera un fideicomiso de residuo sobre la legítima estricta? (...) En nuestra opinión, esta posibilidad que según la doctrina, cabe, en general, en nuestro Derecho y se deduce del art. 783 C.c., no es admisible cuando la sustitución grava la legítima estricta, ya que ello supondría poder privar de forma definitiva a los legitimarios de su legítima, vulnerándose así el principio de intangibilidad cuantitativa de ésta, no sólo el de intangibilidad cualitativa. A favor de esta postura se ha alegado que de admitir el fideicomiso de residuo en nuestro caso, estaríamos ante una causa de desheredación no recogida expresamente por la Ley (art. 848 y ss. C.c.), desheredación que, además, hay que destacar que quedaría en manos del fiduciario, **no sólo del testador**” (las negritas son nuestras).

En esta última frase puede comprobarse que la autora contempla tanto al testador como al fiduciario como posibles responsables de la desheredación que podría suponer la figura especial de residuo, por lo que no lleva razón NANCLARES VALLE<sup>874</sup> al manifestar que “MARTÍN MELÉNDEZ entiende que constituirá una forma de desheredación (...) en manos, además, del fiduciario, y no del testador”.

El propio NANCLARES VALLE<sup>875</sup> forma parte también de la corriente doctrinal que se opone a la posibilidad de que la sustitución fideicomisaria especial sea de residuo, cuando indica: “Entiendo que no cabe que el fiduciario incapacitado (por sí mismo con el complemento de capacidad del curador o por medio de sus representantes legales) disponga libremente de los bienes fideicomitidos, ni tan siquiera cuando con ello se persiga hacer frente a sus necesidades vitales”.

RIVAS MARTÍNEZ<sup>876</sup> expone que “ante el silencio del Código, en principio, puede pensarse que no lo limita y que es admisible poder aplicar la figura del fideicomiso de residuo al supuesto que la ley regula, todo ello al amparo del principio de libertad de la voluntad del testador.

Aceptando este punto de partida, inmediatamente nos asalta la duda de si el fideicomiso de residuo en cualquiera de sus modalidades (si aliquid supererit, o de eo

---

<sup>873</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, *Op. cit.*, págs. 115 y 116.

<sup>874</sup> NANCLARES VALLE, “La sustitución...”, cit., pág. 154, nota al pie 70.

<sup>875</sup> NANCLARES VALLE, *Op.cit.*, pág. 155.

<sup>876</sup> RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de...*, cit., pág.1483.

*quod supererit) es la figura adecuada para resolver los intereses en juego, en una situación como la recogida en el art. 808.3.*

*Una de las finalidades de la norma es, efectivamente, favorecer al discapacitado declarado judicialmente incapacitado, pero no es menos cierto que el mismo precepto no quiere ir más allá de lo que sea lógico y equitativamente razonable y ello porque de admitirse que el testador pueda acogerse a esta figura en la que el fiduciario pudiera enajenar, no sólo en los supuestos excepcionales, sino en los términos más o menos amplios que se pueden alcanzar en el fideicomiso de residuo, de hecho se llegaría (o se podría llegar) a que los fideicomisarios-colegitimarios quedarían reducidos a meros receptores del residuo lo que implicaría un agravamiento en la legítima de los no incapacitados. (...) Así, tratándose el fideicomiso del artículo 808.3 de un supuesto excepcional parece lógico inclinarse por una interpretación restringida de la figura, que cause el menor perjuicio posible a la posición de los colegitimarios gravados con la sustitución fideicomisaria.*

*En esta línea restrictiva, a la que me adhiero, se manifiesta, además, el resto de la doctrina que ha estudiado esta cuestión (GÓMEZ GÁLLIGO, ESPEJO LERDO DE TEJADA, RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN) inclinándose por la no admisión del fideicomiso de residuo y por sólo aceptar la sustitución pura o fideicomiso ordinario”.*

Nos llama la atención que el referido autor hable en 2.009 de que “*el resto de la doctrina que ha estudiado esta cuestión*” se inclina por la teoría restrictiva, ya que años antes a dicha afirmación, tal y como expondremos a continuación, autores tan importantes como RIPOLL SOLER, RAGEL SÁNCHEZ o la propia DÍAZ ALABART, uno de los claros referentes a la hora de estudiar la institución, habían expresado ya en 2.009 su posición justo en sentido contrario al manifestado por RIVAS MARTÍNEZ.

Siempre dentro de la corriente negativa, GIL MEMBRADO<sup>877</sup> también cuenta que “*siendo como es una excepción, parece más conveniente decantarse por una interpretación restrictiva que no abarque el fideicomiso de residuo, por el riesgo que conlleva para el fideicomisario, ya que como hemos apuntado podría ver vaciado su derecho si el fiduciario dispone de la total cantidad de bienes fideicomitados*”.

---

<sup>877</sup> GIL MEMBRADO, *Op. cit.*, pág. 118.

GALICIA AIZPURÚA<sup>878</sup> indica que *“aunque el fideicomiso de residuo sea una modalidad de sustitución fideicomisaria, la naturaleza excepcional que el art. 782 muestra frente al principio general sentado por el art. 813 lleva a entender que el testador no puede gravar con esta modalidad el tercio de legítima estricta, ya que si al fiduciario le fuese posible disponer (a través de su representante) de los bienes fideicomitados, los legitimarios sufrirían, antes que un mero retardo en el disfrute de su cuota legal, una verdadera pérdida de la misma”*.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ<sup>879</sup> se limita a exponer: *“Entendemos que tampoco es admisible la posibilidad de que el fideicomiso sobre el tercio de legítima estricta de los fideicomisarios se configure como un fideicomiso de residuo”*.

RIVERA ÁLVAREZ<sup>880</sup> llega a la conclusión de que *“no podrá afectar una cláusula de residuo a la legítima estricta de tal modo que suponga la pérdida de los derechos legitimarios por cuanto supondría considerar ésta como una expectativa de derecho y no como un derecho propiamente dicho”*.

Por su parte, HERRERO OVIEDO<sup>881</sup> también expone que *“no es posible admitir, al amparo de la nueva regulación del Código Civil, un fideicomiso de residuo que recaiga sobre la legítima estricta”*.

Asimismo, ESPEJO LERDO DE TEJADA<sup>882</sup> argumenta que *“no es posible acogerse por el testador a la posibilidad que otorga el párrafo segundo del art. 783 CC de establecer un fideicomiso en el que el fiduciario cuente con la facultad de disposición. Ello nos parece que no es posible en este caso porque relegaría a los legitimarios a la condición de meros receptores del residuo, lo que debería haber sido expresamente autorizado por el legislador, pues conllevaría un mayor gravamen para la legítima de los no incapacitados (que pudiera quedar reducida a la nada)”*.

---

<sup>878</sup> GALICIA AIZPURÚA, “Artículo 782...”, cit., pág. 5.727.

<sup>879</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Op. cit.*, pág. 910.

<sup>880</sup> RIVERA ÁLVAREZ, *Op. cit.*, pág. 4.204.

<sup>881</sup> HERRERO OVIEDO, “Pertinencia de la sustitución fideicomisaria a favor del incapacitado”, en *La protección jurídica del discapacitado, II Congreso Regional*, Serrano García (coordinador), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2.007, pág. 292.

<sup>882</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, “El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación de la reforma del mismo por la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad”, en *Revista Jurídica del Notariado*, N.º. 53, Enero-Marzo, 2.005, pág. 133.

Sin embargo, el autor acaba concluyendo su razonamiento con la siguiente afirmación: *“No obstante, quizá hubiera sido bueno aprovechar la reforma del C.c. en estos extremos para haber recalcado en este precepto que la posibilidad del llamado fideicomiso de residuo no está abierta en el caso en que mediante ese fideicomiso se pretenda satisfacer la legítima del sustituto. Ya que con anterioridad no era posible la satisfacción de la legítima mediante un fideicomiso, era lógico que el art. 783 C.c. no se refiriera a ello; pero ante la nueva situación legal, no hubiera sido malo haberlo aclarado expresamente, por más que tampoco es estrictamente necesario para que la solución que proponemos se imponga en la práctica”*.

Discrepamos de la afirmación de dicho autor cuando argumenta que era lógico que el art. 783 del C.c. no se refiera a ello porque, ya con anterioridad, no era posible la satisfacción de la legítima mediante una sustitución fideicomisaria. Tampoco con anterioridad a la LPPD recogía nada el C.c. en su artículo 783 en cuanto a la posibilidad de que la sustitución fideicomisaria ordinaria fuese de residuo, y, aun así, hoy en día es unánime la opinión doctrinal y jurisprudencial a la hora de considerar que dependerá únicamente del testador que dicha sustitución fideicomisaria del artículo 783 sea o no de residuo.

Por esa regla de tres, también podemos afirmar que es lógico que el legislador no recogiese nada al respecto en el C.c., por ser obvia la posibilidad de que la sustitución fideicomisaria especial fuese de residuo, ya que, respecto a la sustitución fideicomisaria ordinaria de residuo el C.c. tampoco recoge nada, y sin embargo es perfectamente válida en todo su ámbito.

#### **3.3.4.b).- Corriente doctrinal positiva sólo en casos de estricta necesidad**

Frente a la corriente negativa de autores que acabamos de exponer, se alza otra diferente que, en cambio, 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.

Dentro de esta segunda corriente doctrinal encontramos autores como RAGEL SÁNCHEZ<sup>883</sup>, que indica que únicamente se justificará *“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 fideicomitidos, tanto inter vivos como mortis causa, porque en tales supuestos no se estará acreditando que exista necesidad por parte del fiduciario”*.

También, en la misma línea, RIPOLL SOLER<sup>884</sup> 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”*.

DOMÍNGUEZ LUELMO<sup>885</sup> 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”*.

TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO<sup>886</sup> reiteran, exactamente, lo mismo que éste último en solitario, al exponer que *“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”*, con la diferencia de que, en esta ocasión, los autores nombran una sentencia del Tribunal Supremo para apoyar su tesis, concretamente, la de 7 de noviembre de 2.008<sup>887</sup>, aunque desconocemos el motivo que llevó a los mismos a citar dicho pronunciamiento judicial, ya que en este no se contempla un supuesto de sustitución fideicomisaria especial, sino uno de sustitución fideicomisaria ordinaria de residuo en la que se declaraba la inaplicabilidad del principio de subrogación real por ser ésta la voluntad del causante en el testamento, lo cual nada tiene que ver con la posibilidad de establecer o no una sustitución

---

<sup>883</sup> RAGEL SÁNCHEZ, Artículo 808..., cit., pág. 5865.

<sup>884</sup> RIPOLL SOLER, *Op. cit.*, pág. 826.

<sup>885</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, “Artículo 813”, en *Comentarios al Código Civil*, Domínguez Luelmo (director), 1ª Edición, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2.010, pág. 931.

<sup>886</sup> TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, “La legítima...”, cit., pág. 1.862.

<sup>887</sup> RJ 2008, 7696.

fideicomisaria de residuo sobre el tercio de legítima estricta, que es lo que aquí nos ocupa.

MORENO FLÓREZ<sup>888</sup>, en la misma línea, manifiesta, tras exponer la teoría de RIPOLL SOLER, que *“esta última es la que considero la solución óptima aunque no estará exenta de críticas, habido cuenta que para beneficiar al incapacitado, se puede privar de su legítima al resto de los colegitimarios. (...) Ese requisito de necesidad del incapacitado tiene que establecerse, junto con la consignación de que el fideicomiso es de residuo, en la disposición testamentaria. En el mismo testamento habrá que señalarse quién debe determinar y probar esa necesidad, que podrá serlo el representante legal del incapacitado y, una vez probada, entiendo que para la disposición de bienes tiene que haber autorización judicial”*.

Todos los autores que acabamos de mencionar coinciden en que sólo podrá aceptarse la sustitución fideicomisaria especial de residuo cuando sea para atender casos de estricta necesidad del incapacitado fiduciario.

Es, precisamente, esta afirmación, la de equiparar la estricta necesidad del fiduciario incapacitado para poder disponer de los bienes fideicomitidos con la sustitución fideicomisaria especial de residuo, lo que hace que nos decantemos por definir esta corriente doctrinal positiva como “errónea”.

O, dicho de otra forma, en nuestra opinión, no hay que apostar por la posibilidad de que se constituya una sustitución fideicomisaria especial de residuo para defender que el fiduciario incapacitado pueda disponer de los bienes fideicomitidos cuando lo necesite, ya que en el capítulo anterior vimos que el fiduciario, en los casos de necesidad, quedaría facultado para disponer de los bienes fideicomitidos sin necesitar para ello el consentimiento del resto de fideicomisarios, debiendo contar siempre para ello con autorización judicial, aplicándose, por analogía, el artículo 186 del C.c. que, en relación con la administración de los bienes del ausente, establece que *“los poseedores temporales de los bienes del ausente no podrán venderlos, gravarlos, hipotecarlos o darlos en prenda, sino en caso de necesidad o utilidad evidente reconocida y declarada por el Juez, quien, al autorizar dichos actos, determinará el empleo de la cantidad obtenida”*.

---

<sup>888</sup> MORENO FLÓREZ, “La sustitución...”, cit., págs. 1.023 y 1.024.

Por nuestra parte, y aún siendo conscientes de que la sustitución fideicomisaria ordinaria no recaía sobre el tercio de legítima estricta, y por ello, no se disponía de dicho tercio a la hora de equiparar la venta de los bienes fideicomitidos con los del ausente, entendemos que por analogía, también podrá equipararse la venta por parte del fiduciario con autorización judicial de los bienes de la sustitución fideicomisaria especial, con la del artículo 186 del C.c.

¿Y en base a que llegamos a tal conclusión? Pues principalmente, en base a los siguientes motivos:

1.-La finalidad de la LPPD, que es la de adoptar medidas necesarias para atender las específicas necesidades vitales de las personas con discapacidad y de las personas incapacitadas judicialmente.

2.- La disposición de los bienes fideicomitidos de la que venimos hablando quedaría perfectamente englobada en los “*gastos legítimos*” que recoge el 783.2º del C.c. cuando expone que “*el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo que el testador haya dispuesto otra cosa*”.

3.- El hecho de que sea el juez, en base al artículo 186 del C.c., quien deba autorizar dichos actos, y determinar el empleo de la cantidad obtenida, conlleva que los derechos de los legitimarios fideicomisarios estén siempre protegidos.

Por ejemplo, entendemos que en un supuesto de sustitución fideicomisaria especial sobre toda la herencia, en el que, verdaderamente, el incapacitado fiduciario necesite disponer de todos los bienes para afrontar sus necesidades vitales, el juez siempre velará porque el fiduciario, antes que del tercio de legítima estricta sobre el que recae la sustitución fideicomisaria especial, haya dispuesto, del de libre disposición y del de mejora, así como de su propia legítima estricta. Si aun así el incapacitado sigue necesitando disponer del resto de bienes (legítima estricta de los fideicomisarios), entonces el juez deberá autorizarlo ateniendo al espíritu de la LPPD y a la redacción actual de nuestro C.c.

4.- El hecho de apostar por la inclusión de la sustitución fideicomisaria especial de residuo para intentar proteger las necesidades vitales de los incapacitados fiduciarios, conllevaría a facultar al testador para establecer cualquier tipo de sustitución

fideicomisaria de residuo (ya sea la *de eo quod supererit* o *si aliquid supererit*) bien para disponer a título oneroso o bien de forma gratuita, ya que lo que no pueden pretender los autores que forman esta corriente doctrinal es que, tras la reforma de la LPPD, el testador quede facultado para constituir la sustitución fideicomisaria especial de residuo sólo en aquellos casos en que el incapacitado fiduciario lo necesite, ya que, al respecto, nada se recoge ni en la propia LPPD ni en nuestro C.c. tras su modificación.

De hecho, consideramos que, en base a la redacción actual del C.c., únicamente existen dos posibilidades: o apostar por la sustitución fideicomisaria especial de residuo (admitiendo todas sus posibilidades), lo cual no conlleva a su establecimiento por defecto, sino que deberá establecerla concretamente el testador, o rechazar este tipo de sustitución fideicomisaria.

Finalizamos el presente apartado exponiendo que con tal posicionamiento coincidimos con DÍAZ ALABART<sup>889</sup>, la cual, por un lado, diferencia entre la posibilidad de disposición del fiduciario en casos de necesidad absoluta, y la sustitución fideicomisaria de residuo; y por otro, considera que, de apostar por la posibilidad de establecer una sustitución fideicomisaria especial de residuo, será en su sentido más amplio.

Así lo expone la citada autora cuando, literalmente, indica: *“Como en el precepto nada se dice sobre qué tipo de fideicomiso ha de ser el constituido, es seguro que podrá ser el fideicomiso normal, en el que el fiduciario tiene la obligación de conservar. Pero también podría ser un fideicomiso en el que el fideicomitente hubiera establecido el derecho del fiduciario a detraer la cuarta trebeliánica. O también establecer la posibilidad de disposición del fiduciario en casos de necesidad absoluta. Admitiéndose la licitud del fideicomiso de residuo, también podría tratarse de un fideicomiso de este tipo, en el que falta esa obligación de conservar, pues el fiduciario podrá disponer de los bienes fideicomitados dentro de los límites marcados por el testador. La disponibilidad de los bienes fideicomitados que en el fideicomiso de residuo el testador conceda al fiduciario puede ser muy variada. Tanto para poder únicamente consumirlos, o también enajenarlos, y esto sólo a título oneroso, si es que se necesita, o bien a la libre voluntad del fiduciario, y, en aquel caso, con o sin necesidad de justificarlo. También se les puede permitir que los enajene incluso a título gratuito o que disponga de ellos mortis causa”*.

---

<sup>889</sup> DÍAZ ALABART, “La sustitución...”, cit., pág. 1.049.

### 3.3.4.c).- Corriente doctrinal positiva

Los autores que componen esta corriente doctrinal, a la que nos adherimos, coinciden en dos puntos fundamentales:

1.- Lo lógico es inclinarse por el carácter restrictivo de la figura, ya que la admisión de la sustitución fideicomisaria especial de residuo podría suponer una verdadera desheredación para los fideicomisarios.

2.- Aun así, admiten (o no descartan) tal posibilidad, debido a la regulación legal dada por el legislador de la LPPD a la figura especial.

En esta corriente doctrinal, destacan, entre otros, PEREÑA VICENTE<sup>890</sup>, quien considera que *“incluso esa privación podrá ser definitiva si el causante, haciendo uso de la facultad que le concede el art. 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”*.

CÁMARA LAPUENTE<sup>891</sup>, por su parte, 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 arts. 808.3 y 782 sería posible, por ser una modalidad de sustitución fideicomisaria, la doble excepción que suponen los arts. 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 sólo aplazar) las legítimas de los otros hijos o descendientes del causante”*.

También puede incluirse en esta postura doctrinal a DÍAZ ALABART<sup>892</sup>, cuando indica: *“precisamente por carecer o tener muy mermada la obligación de conservar los bienes fideicomitados es difícil aceptar que pueda ser de residuo el fideicomiso que se permite sobre el tercio de legítima estricta en el art. 808.3 C.c. De admitirse, podría convertirse en más que un gravamen a la legítima estricta en una verdadera*

---

<sup>890</sup> PEREÑA VICENTE, “El Derecho...”, cit., pág. 2.

<sup>891</sup> CÁMARA LAPUENTE, *Op. cit.*, pág. 726.

<sup>892</sup> DÍAZ ALABART, “La sustitución...”, cit., pág. 1.050.

*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 art. 808.3 C.c. 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 ésta 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”.*

Por nuestra parte, igualmente entendemos que lo lógico hubiese sido que el legislador fijase la imposibilidad de constituir una sustitución fideicomisaria especial de residuo, pero al no hacerlo, y, en base al artículo 3.1 del C.c., llegamos a la conclusión de que, en la actualidad, en nuestro Ordenamiento jurídico no existe ningún impedimento para la constitución de este tipo de figura jurídica.

A tal conclusión llegamos a través de los siguientes argumentos:

1.- Que la LPPD no modificó el artículo 783 en su párrafo final del C.c., 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 2.003 la de prohibir la sustitución fideicomisaria especial de residuo, hubiese agregado algo a la última frase del precepto citado, como, por ejemplo, podría ser: *“salvo el caso en el que el testador haya dispuesto otra cosa, **posibilidad ésta última de la que carece el causante en el supuesto recogido en el artículo 808.3**”* (la negrita es nuestra).

Con esa frase que nos hemos permitido poner como ejemplo, consideramos que no habría dudas en cuanto a la imposibilidad de establecer la sustitución fideicomisaria especial de residuo sobre el tercio de legítima estricta. ¿Por qué no lo hizo el legislador?

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

3.- 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, entendemos 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 sobre el tercio de legítima estricta.

4.- La posibilidad del testador de establecer una sustitución fideicomisaria especial de residuo no tiene por qué derivar en perjuicio de 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 nuestro punto de vista, como una posibilidad más a favor de éste, 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 al igual que ocurre en la ordinaria, también en la especial podrá darse el supuesto de que aún teniendo dicha facultad, finalmente el testador no apueste por su constitución, opción nada

descabellada en el supuesto de la sustitución fideicomisaria especial dado que ello puede conllevar, incluso a la desheredación del resto de herederos forzosos, situación tal vez no deseada por el fideicomitente.

A esto debemos sumarle que, incluso aún 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 legitimarios fideicomisarios) o *si aliquid supererit*, modalidad esta última en la que también puede darse que el fiduciario no disponga de los bienes fideicomitados por diferentes motivos (por ejemplo, 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.

Y es que, como conclusión, volvemos a dejar expuesto que permitiéndose la sustitución fideicomisaria especial de residuo:

- 1.- El testador no quedará obligado a su constitución, sino que dependerá exclusivamente de éste si la establece, o no la establece.
- 2.- No por el hecho de constituirse, la institución especial de residuo supone la disposición de los bienes fideicomitados. Perfectamente puede darse el caso de que el fiduciario, en este caso, su tutor, con las restricciones que tiene a la hora de administrar el patrimonio del incapacitado, decida finalmente no disponer de los bienes fideicomitados.

### **3.3.5.- Adquisición de bienes sin autorización judicial por parte del tutor del fiduciario**

No existen dudas en nuestra doctrina científica ni jurisprudencial sobre el hecho de que para vender o enajenar bienes del incapacitado al que representa, el tutor necesitará siempre autorización judicial. Así lo dispone, literalmente, el artículo 271.2º del C.c. cuando establece: “*El tutor necesitará autorización judicial: Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar*

*actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones”.*

Una vez expuesto lo anterior, se nos ocurre plantearnos: ¿Y necesitará igualmente el tutor autorización judicial para comprar o adquirir, con el patrimonio del propio incapacitado, bienes a favor de éste?

La respuesta negativa a dicha cuestión supone que en el caso de la sustitución fideicomisaria especial, el tutor podrá comprar bienes a favor del incapacitado con el dinero que corresponde por legítima estricta no sólo al incapacitado, sino también el resto de herederos forzosos, en este caso, fideicomisarios.

Pongamos un ejemplo. Herencia compuesta por piso y gran cantidad de dinero. Por voluntad del causante, toda la herencia va a parar al hijo incapacitado judicialmente, adjudicándose el dinero al tercio de legítima estricta sobre el que ha quedado constituida la sustitución fideicomisaria. El tutor (uno de los hermanos del incapacitado, con el que convive), considera que el estado de salud del tutelado mejoraría si éste dispusiese de un inmueble en primera línea de playa donde ir a pasar los veranos, lo cual “obligaría” al tutor a acudir con el tutelado en verano a dicho inmueble. Así que, sin autorización judicial, por no necesitarla, el tutor compra el inmueble para el tutelado, disponiendo para ello de la gran mayoría del dinero líquido que constituía el tercio de legítima estricta del resto de herederos forzosos, derivando tal situación en un grave perjuicio para los mismos (proindiviso, depreciación del piso en el mercado, etc.).

En nuestra opinión, el supuesto planteado es perfectamente posible, porque, al igual que nos sucede con la sustitución fideicomisaria especial de residuo, consideramos que en base a la actual redacción del C.c., y a que el legislador no prohibió expresamente tal posibilidad a la hora de elaborar la LPPD, hoy en día, cualquier tutor de una persona incapacitada que haya sido beneficiada con una sustitución fideicomisaria especial, podrá comprar a favor del incapacitado, y en perjuicio del resto de herederos forzosos, bienes muebles o inmuebles con cargo al tercio de legítima estricta, y dada la importancia de tal posibilidad, nos llama la atención cómo la doctrina científica apenas ha reparado en el estudio de esta cuestión.

Para llegar a tal conclusión nos basamos, principalmente, en que el C.c. exige en su artículo 271<sup>893</sup>, hasta diez supuestos en los que el tutor necesitará autorización judicial para poder llevar a cabo ciertos actos en nombre del tutelado, y en ellos no consta el de comprar o adquirir bienes a favor del incapacitado tutelado.

Aunque, sin ninguna duda, si por algo entendemos que los tutores de los incapacitados podrán adquirir a favor de éstos cualquier tipo de bien a cargo del tercio de legítima estricta, es por la posición que al respecto toma la DGRN.

Así, la Resolución de 21 de febrero de 2.004<sup>894</sup>, recoge en su Fundamento de Derecho segundo: *“Por otra parte, los padres, como representantes legales de sus hijos y administradores de sus bienes pueden, sin autorización judicial, realizar actos de aplicación de dinero o capitales de los sometidos a su patria potestad en la adquisición de bienes inmuebles (cfr. artículo 154, párrafo segundo, número 2.º, del Código Civil), aun cuando éstos se hallen gravados, se someta a determinada condición o limitación el ingreso del bien en el patrimonio del menor, o se constituya el gravamen simultáneamente para garantizar el precio aplazado de la adquisición (Resoluciones de 2 de julio de 1.931 [RJ 1931, 2117] y 7 de julio de 1.998 [RJ 1998, 5962]”*. Consideramos que esta doctrina es perfectamente aplicable al supuesto de la tutela.

Pero aún más explícita y concreta es la Resolución de 21 de enero de 2.011<sup>895</sup>. Entendemos oportuno traer a colación gran parte del contenido de su Fundamento de Derecho segundo, por la claridad y concisión con la que razona su posicionamiento ante

---

<sup>893</sup> Expone el artículo 271 del C.c. que: *“El tutor necesita autorización judicial:*

*1.º Para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial.*

*2.º Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones.*

*3.º Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado.*

*4.º Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades.*

*5.º Para hacer gastos extraordinarios en los bienes.*

*6.º Para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía.*

*7.º Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años.*

*8.º Para dar y tomar dinero a préstamo.*

*9.º Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado.*

*10. Para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado”*.

<sup>894</sup> RJ 2004, 2377.

<sup>895</sup> RJ 2001, 1427.

un tema tan importante, como es el de si el tutor podrá adquirir bienes del tutelado sin autorización judicial. En este sentido, expone la DGRN en la citada Resolución:

*“La primera cuestión que debe ser objeto de examen es si la compraventa de un bien inmueble se incluye dentro de alguno de los supuestos para los que el Código Civil exige autorización judicial.*

*El problema por resolver se limita, por tanto, a determinar la posible proyección del artículo 271.2º del Código Civil a la compraventa de un bien inmueble, una cuestión que ha despertado cierta polémica doctrinal y para la que no han faltado las opiniones en favor de una respuesta afirmativa a partir del argumento de la especial incidencia que la adquisición de un inmueble supone en el ámbito patrimonial del tutelado. Este Centro Directivo, sin embargo, no comparte tal postura.*

*A la hora de dar respuesta a la presente cuestión resulta esencial tener presente el modo en el que el legislador español ha configurado y dotado de contenido la institución tutelar. De este modo, es necesario ser consciente de que para alcanzar el objetivo esencial de la tutela, es decir, la defensa de la persona y del patrimonio del tutelado, nuestro legislador combina dos mecanismos regulatorios.*

*Por un lado, y al margen de la identificación de determinados actos excluidos de la representación y administración legal del tutor (cfr. artículos 227 y 267 del Código Civil), se opta con carácter general por conferir al tutor la representación legal del menor o incapacitado y el reconocimiento de un ámbito competencial autónomo que está obligado a ejercer con la diligencia de un buen padre de familia (artículo 270 de dicho Código). Consecuentemente con esta concepción de la tutela, la intervención judicial se produce únicamente en calidad de órgano de control y se materializa a través de diversos instrumentos en el Código Civil, como la exigencia anual de cuentas e informes contenida en el artículo 269.4º del mismo, la rendición de cuentas ante el Juez al cesar el tutor en sus funciones (art. 279), las medidas que puede adoptar el Juez conforme al artículo 233, y el establecimiento de la responsabilidad en exclusiva por sus actos a través del juego conjunto de los artículos 270 y 285 del Código Civil. (...).*

*Pero, por otro lado, para determinados actos y contratos el Código Civil contempla un elenco de excepciones al modelo general de actuación del tutor (artículos 271 y 272). Siempre que nos encontremos en uno de estos supuestos, pese a que el tutor continúa siendo quien ostenta el derecho-deber de tomar la iniciativa y, en su caso, materializar el acto o negocio jurídico concreto, corresponde necesariamente a la autoridad judicial*

*determinar la procedencia de su realización. En algunos casos, los contemplados en el artículo 271, la intervención del Juez se materializa mediante la autorización del acto. En otros, aquéllos a los que hace referencia el artículo 272, el legislador opta por aplazar el control y requiere la aprobación judicial. (...).*

*Consecuentemente con lo apuntado, el legislador español ha optado por someter a control judicial únicamente una serie de actos o contratos que entiende que por su singular relevancia podrían tener una especial incidencia, actual o futura, en la vertiente personal o patrimonial del tutelado. Con este objetivo incorpora una lista exhaustiva y cerrada en los artículos 271 y 272 del Código Civil –considerada por un amplio sector doctrinal como excesiva– y que, dado su carácter excepcional, necesariamente debe ser objeto de interpretación restrictiva. Evidentemente, puede haber otros actos o contratos susceptibles de afectar a la persona o al patrimonio del tutelado al margen de los reconocidos en esa enumeración. Sin embargo, el legislador considera que no justifican la imposición de una restricción tan severa al devenir ordinario de la actividad del tutor. A juicio de este Centro Directivo, la adquisición de un bien inmueble se encuentra precisamente en esta situación.*

*Finalmente, un último aval a favor de esta concepción del artículo 271.2º lo encontramos en la potestad de que gozan los padres, en calidad de representantes legales de sus hijos y administradores de sus bienes, de realizar sin autorización judicial actos de aplicación de dinero o de capitales de los sometidos a patria potestad en adquisición de bienes inmuebles, incluso cuando éstos se encuentren gravados. Este Centro Directivo ha admitido ya que los padres, como representantes legales de sus hijos y administradores de sus bienes, pueden, sin autorización judicial, realizar actos de aplicación de dinero o capitales de los sometidos a su patria potestad en la adquisición de bienes inmuebles, incluso cuando éstos se hallen gravados (Resoluciones de 2 de julio de 1.931, 7 de julio de 1.998 [RJ 1998, 5962] y 21 de febrero de 2.004 [RJ 2004, 2377]), a lo que hay que unir que el Tribunal Supremo ha considerado excluidos de autorización judicial determinados actos de disposición o de gravamen de dinero de los sometidos a patria potestad (Sentencia de 28 de noviembre de 1.989 [RJ 1989, 7915]). Ciertamente existen evidentes diferencias entre el régimen normativo de la tutela y el de la patria potestad. Sin embargo ello no impide identificar importantes similitudes entre ambas funciones protectoras que dotan a este último de un destacado valor heurístico para resolver la cuestión planteada en supuesto del presente recurso”.*

En base a esta resolución, consideramos que es innegable que en la actualidad, el tutor de un incapacitado fiduciario de la sustitución fideicomisaria especial, podrá adquirir libremente cualquier tipo de bien a favor del tutelado, sin necesitar para ello autorización judicial, con las consecuencias jurídicas que ello puede suponer para el resto de herederos forzosos-fideicomisarios.

¿Y cómo acabar con esta posibilidad que a día de hoy existe en nuestro Ordenamiento jurídico? En nuestra opinión, bastaría con incluir en el C.c. algún artículo como el que existe en el Código civil italiano exigiendo para la adquisición de bienes por parte del tutor la autorización del juez tutelar. Efectivamente, en Italia el artículo 374<sup>896</sup> del Código civil establece en su primer punto que el tutor no podrá sin la autorización del juez titular, adquirir bienes, exceptuados los muebles necesarios para el uso del menor, para la economía doméstica y para la administración del patrimonio.

Debido a la importancia de la situación que venimos contemplando en este epígrafe, entendemos fundamental que en la, esperemos, cercana modificación a la que ha de someterse a la sustitución fideicomisaria especial (por los motivos que expondremos en el siguiente epígrafe) se erradique la posibilidad que hoy en día existe a favor de los tutores de los fiduciarios incapacitados, y en perjuicio de los fideicomisarios herederos forzosos.

#### **IV.- REFORMA OBLIGATORIA DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ESPECIAL: ALGUNAS MODIFICACIONES NECESARIAS**

##### **4.1.- Falta de limitación del alcance de la institución dentro del procedimiento de incapacitación**

Tras la reforma introducida en el C.c. por el legislador de la LPPD, en nuestro Ordenamiento jurídico cualquier persona incapacitada judicialmente, sin importar que en la sentencia de incapacitación se le haya nombrado un tutor o un curador para su protección o apoyo<sup>897</sup>, podrá verse beneficiada por una sustitución fideicomisaria sobre

---

<sup>896</sup> Artículo 374: “*Autorizzazione del giudice tutelare. Il tutore non può senza l'autorizzazione del giudice tutelare: 1) acquistare beni, eccettuati i mobili necessari per l'uso del minore, per la economia domestica e per l'amministrazione del patrimonio*”.

<sup>897</sup> El artículo 171 del C.c. contempla también la posibilidad de prorrogar o rehabilitar la patria potestad de los padres cuando el incapacitado sea un menor de edad o un hijo soltero que viva con sus padres.

el tercio de legítima estricta de la herencia del padre, madre o ascendiente, siempre que así lo haya dispuesto el testador.

En este sentido, para RIVAS MARTÍNEZ<sup>898</sup> *“nuestro C.c. exige, pues, para la existencia del fideicomiso que haya recaído sentencia firme que establezca la incapacitación con independencia de que sea total o parcial y que origine la constitución de una tutela o una curatela, pues en cualquier de estos casos la persona afectada incide en el estado civil o condición de persona judicialmente incapacitada, que es lo único que impone el artículo 808.3”*.

RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN<sup>899</sup>, por su parte, expone que *“conforme al nuevo texto legal, presupuesto necesario para establecer sustituciones fideicomisarias que graven la legítima estricta es la existencia de algún hijo o descendiente incapacitado judicialmente, sin importar, puesto que el texto legal no distingue, el régimen de tutela o guarda al que haya quedado sometido”*.

Mientras que GARCÍA GARNICA<sup>900</sup>, afirma que *“dado que la norma no exige que la incapacitación haya sido plena, cabe entender que bastará que se haya declarado su incapacidad relativa”*.

Aunque el que más directamente aborda el tema es PUIG FERRIOL<sup>901</sup>, cuando indica que *“presupuesta la declaración judicial de incapacidad por carecer el interesado de la capacidad de autogobierno, se previene en el artículo 760.1 de la Ley de enjuiciamiento civil que ‘La sentencia que declare la incapacidad determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado...’. La cuestión que aquí puede plantearse es si la posibilidad de ordenar la sustitución fideicomisaria que prevé el artículo 808, III C.c. es viable ante cualquier declaración judicial de incapacidad del hijo o descendiente, pues de acuerdo con el mentado precepto la incapacitación no es uniforme, toda vez que se impone la graduación de la misma con base a los criterios de capacidad natural y protección del incapacitado, que pueden oscilar entre una incapacitación prácticamente total a otra que afecte únicamente a determinados actos del incapacitado. Lo cierto es que el*

---

<sup>898</sup> RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de...*, cit., pág. 1.475.

<sup>899</sup> RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, *Op. cit.*, pág. 362.

<sup>900</sup> GARCÍA GARNICA, “Discapacidad y dependencia (II): configuración y contenido de su sustitución jurídica”, en *Tratado de Derecho de la Persona Física*, Tomo II, Gete Alonso y Calera (directora), Editorial Cívitas, 2.013, pág. 272.

<sup>901</sup> PUIG FERRIOL, “Protección del...”, cit., pág. 295.

*artículo 808, II C.c. nada previene al respecto, pues sólo exige que haya caído sentencia que establezca la incapacitación, con independencia de que sea total o parcial y con independencia también, de que la incapacitación origine la constitución de una tutela o de una curatela; pues en cualquiera de estos casos la persona afectada incide en el estado civil o condición de persona judicialmente incapacitada, que es lo único que exige el artículo 808, III C.c.”.*

Una vez expuestas dichas afirmaciones, desde este momento ponemos de manifiesto que, en nuestra opinión, el error más importante del legislador de 2.003 (incluso, mayor que el no haber aclarado si cabe o no la posibilidad de la sustitución fideicomisaria especial de residuo) fue no haber fijado los límites de protección de la figura especial dentro de las diferentes instituciones de guarda y protección que existen en el procedimiento de incapacitación español.

O, dicho de otra forma, el error de mayor alcance desde el punto de vista práctico-jurídico del legislador de la LPPD fue no haber limitado el uso de la sustitución fideicomisaria especial, única y exclusivamente, a aquellas personas a las que en la sentencia de incapacitación, se les fije como institución de guarda la tutela.

Y es que, si bien es cierto que en 2.003 la curatela tenía un papel casi testimonial en nuestro Ordenamiento<sup>902</sup>, también lo es que, pocos años después de la promulgación de la LPPD, las preferencias de los jueces a la hora de fijar instituciones de guarda a favor de las personas incapacitadas comenzaron a cambiar radicalmente. Tanto es así, que hoy en día es una realidad la apuesta decidida de nuestro Tribunal Supremo por la curatela frente a la tutela como institución de guarda preferente a favor de los incapacitados, por los motivos que a continuación expondremos.

Entendemos oportuno simplemente avanzar (ya que en el siguiente capítulo nos centraremos en su estudio), que nuestro legislador pudo tomar como referente en este sentido la institución italiana de 1.975, ya que, por un lado, tiene la misma finalidad que nuestra institución especial, es decir, la protección de los incapacitados, pero, sin embargo, por otro lado, limita estrictamente su alcance a favor de los tutelados, quedando con ello excluidos como posibles beneficiarios de la institución italiana los curatelados.

---

<sup>902</sup> Por regla general, se incapacitaba directamente a las personas nombrándoles un tutor que les representase en todos los ámbitos de la vida.

El hecho de que la institución de guarda de los incapacitados que actualmente rige en nuestro Ordenamiento jurídico sea la curatela, supone que en la actualidad, cualquier incapacitado curatelado (personas alcohólicas, drogadictas, pródigos...) puede ser instituido fiduciario de la sustitución fideicomisario especial, ya que reúne el requisito imprescindible de la institución, que no es otro que ostentar la condición de incapacitado, condición que ostenta el curatelado.

Pero, ¿realmente somos conscientes del alcance de tal afirmación respecto al resto de coherederos forzosos?

Es decir, que en España hoy en día, y a diferencia de lo que, por ejemplo, sucede en Italia, como veremos a continuación, depende única y exclusivamente del testador, constituir una sustitución fideicomisaria especial sobre el tercio de legítima estricta a favor de cualquier hijo o descendiente curatelado.

Tal situación, y el alcance de sus efectos jurídicos, son merecedores de que en los siguientes epígrafes nos centremos en el estudio de por qué hoy en día los jueces españoles instituyen principalmente curatelas, adquiriendo la tutela un carácter totalmente residual, cuando en 2.003, año de promulgación de la LPPD, era justo al contrario, el procedimiento de incapacitación suponía “casi” por defecto el nombramiento de un tutor para el incapacitado, y era la curatela la que en dicha época, apenas se usaba por los jueces españoles.

#### **4.2.- La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006**

El momento más importante en el Ordenamiento jurídico español en cuanto a derechos de personas con discapacidad se refiere fue, sin duda, la ratificación de la Convención, entrando ésta, definitivamente, en vigor el 3 de mayo de 2.008.

La importancia de la Convención se refleja en los principios que la constituyen, como son el respeto a la dignidad inherente a la persona, la autonomía individual (incluida la libertad para tomar las propias decisiones), la independencia de cada ser humano, la no discriminación, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, la igualdad de oportunidades, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas.

Precisamente, y tal y como expusimos anteriormente, una de las grandes aportaciones de la Convención ha sido introducir la cuestión de la discapacidad en esta nueva consideración de los derechos generales que, pasando por las declaraciones universales básicas, pretende realizar una concreción de éstas desde una consideración específica de los derechos en colectivos o realidades sociales que, en demasiadas ocasiones, parecían impermeables a aquéllos<sup>903</sup>.

Su ratificación supuso, para nuestro Estado, el compromiso de asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna, adoptando todas las medidas legislativas, administrativas, y de otra índole que fuesen pertinentes para ello.

Y es que, desde su entrada en vigor, la Convención forma parte, a todos los efectos, del Ordenamiento jurídico español, en virtud de lo dispuesto en los artículos 10.2<sup>904</sup> y 96.1<sup>905</sup> de la Constitución Española, así como de lo recogido en el artículo 1.5<sup>906</sup> de nuestro C.c., por lo que dicha incorporación formal a nuestro Ordenamiento ha de tener un importante impacto en las diferentes ramas del sistema jurídico español, obligando a la adaptación y modificación de diversas normas para hacer efectivos los derechos que en la misma se recogen.

Prueba de ello fue la aprobación del Real Decreto 422/2.011, de 25 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para la participación de las personas con discapacidad en la vida política y en los procesos electorales, con el que se intenta cumplir, por parte del Estado Español, con lo recogido en el art. 29 de la Convención<sup>907</sup>; o la Ley 26/2.011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la

---

<sup>903</sup> Así lo considera RECOVER BALBOA, “Hacia la reforma del Código civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de discapacidad”, en *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*, García Garnica (directora), Editorial Dykinson, Madrid, 2.014, pág. 21.

<sup>904</sup> El artículo 10.2 de la Constitución Española establece: “*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”.

<sup>905</sup> Expresa el art. 91.1 de nuestra Constitución: “*Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional*”.

<sup>906</sup> El C.c. expone en su artículo 1.5: “*Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado*”.

<sup>907</sup> El art. 29 de la Convención dispone: “*Los Estados Partes garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás*”.

Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, mediante la cual se modifican una serie de Leyes<sup>908</sup> con la misma intención. Precisamente, en su Disposición Final segunda, la Ley 26/2.011 recogía un mandato que obligaba al Gobierno a refundir ciertas leyes sobre discapacidad<sup>909</sup>, lo cual se llevó a cabo con la publicación del Real Decreto Legislativo 1/2.013<sup>910</sup>, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, texto que, por primera vez, unifica toda la normativa existente en la materia y de una demanda histórica de las personas con discapacidad y sus familias que garantizará que la discapacidad está contemplada en todas las actuaciones políticas y por todas las Administraciones.

Aun reconociendo el esfuerzo legislativo hecho en los últimos años por el Gobierno Español para adaptar la Convención mediante la aprobación de diversas leyes al respecto, también lo es que la reforma legislativa más esperada por los organismos relacionados con el mundo de la discapacidad aún no se ha producido.

Nos referimos a la aprobación del proyecto de ley que conlleve la adaptación del artículo 12<sup>911</sup> de la Convención a nuestro sistema, para que todas las personas con

---

<sup>908</sup> Las leyes que se modifican para su adaptación a la Convención de la ONU son las que, a continuación, se relacionan: 1) Ley 51/2.003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. 2) Ley 27/2.007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas. 3) Modificación del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2.000, de 4 de agosto. 4) Ley 49/2.007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. 5) Ley 30/1.979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos. 6) Ley 14/1.986, de 25 de abril, General de Sanidad. 7) Ley 41/2.002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. 8) Ley 14/2.006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. 9) Ley 16/2.003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. 10) Ley 44/2.003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias. 11) Ley 7/2.007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. 12) Ley 2/1.985, de 21 de enero, sobre Protección Civil. 13) Ley 23/1.998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo. 14) Ley 50/1.980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. 15) Ley 49/1.960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal. 16) Ley 34/2.002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. 17) Ley 39/2.007, de 19 de noviembre, de la carrera militar. 18) Ley 30/2.007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. 19) Ley 13/1.982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos.

<sup>909</sup> La Ley 13/1.982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad; La Ley 51/2.003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; y la Ley 27/2.007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

<sup>910</sup> Publicado en el BOE del día 3 de diciembre de 2.013.

<sup>911</sup> Dispone el artículo 12 de la Convención: “1. *Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica;*

discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, es decir, se vean apoyadas o asistidas por otra persona en aquellos actos que lo necesiten sin que en ningún caso les sea por ello privada su capacidad de obrar, ya que se afirma en el apartado 2 del artículo que *“los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”*, y continúa estableciendo en el siguiente apartado que *“los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”*.

Por nuestra parte, consideramos que, mediante el artículo 12 de la Convención, lo que se pretende desde la ONU es que dejemos de preguntarnos hasta qué grado se ha de modificar la capacidad de obrar de la persona que lo necesite, y empecemos a cuestionarnos qué nivel de apoyo o asistencia necesita esa misma persona para desarrollar su vida con total normalidad.

De ahí que entendamos que el referido artículo es, sin duda, el más importante de la Convención, ya que exige a los Estados Parte que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar en igualdad de condiciones que el resto de personas, es decir, que puedan adoptar libremente todo tipo de decisiones en cualquier ámbito de su vida, siendo apoyados en aquellos casos en que lo necesiten.

- 
2. *Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida;*
  3. *Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica;*
  4. *Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos (...);*
  5. *Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”*.

#### **4.2.1.- Dificil adaptación del artículo 12 de la Convención a nuestro Ordenamiento jurídico**

El tema de la capacidad jurídica a la que hace referencia la Convención suscitó grandes discusiones entre los Estados Parte, por un lado, entre los países occidentales de América y Europa, y, por el otro, con China, Rusia y los países islámicos. Tal fueron estas diferencias de entendimiento que, incluso, se llegó a temer por la ruptura de la adopción del texto final de la Convención, si bien todo quedó superado con la redacción actual del artículo.

Cuenta GARCÍA PONS<sup>912</sup> que *“la discusión se centró en la distinción, ya clásica por otra parte, entre capacidad jurídica y capacidad de obrar: mientras algunos países defendían el pleno reconocimiento y garantía tanto de una como de otra para las personas con discapacidad, otro grupo de países abogaban por una referencia exclusivamente a la capacidad jurídica sin ninguna mención a la capacidad de obrar”*.

A todo ello hay que sumarle que la redacción del artículo 12 tampoco se presta a una fácil interpretación por varios motivos, tal y como reconoce GARCÍA CANTERO<sup>913</sup>, que llega a considerar al artículo 12 como uno de los preceptos más extensos, complejos, con alguna frecuencia, difuso, en exceso quizás casuístico y hasta de los de más oscura y confusa redacción de la Convención.

La capacidad jurídica a la que hace referencia engloba tanto el concepto de capacidad jurídica de nuestro sistema como el de capacidad de obrar.

Como sabemos, en el Derecho español se entiende por capacidad jurídica la aptitud estática del sujeto, a quien, por el mero hecho de ser persona y por su dignidad como tal, el Ordenamiento jurídico le atribuye derechos y obligaciones, tanto en la esfera personal como en la patrimonial; mientras que por capacidad de obrar se entiende la aptitud de poner en movimiento por sí mismo los poderes y facultades que surgen de sus propios derechos, y en general, para desenvolverse con autonomía en la vida jurídica.

Desde diversos sectores de nuestra sociedad, así como desde la mayoría de organismos que representan a las personas con discapacidad, y parte de la doctrina española, se

---

<sup>912</sup> GARCÍA PONS, *Las personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico español*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Colección Por más Señas, Madrid, 2.008, pág. 43.

<sup>913</sup> GARCÍA CANTERO, “Persons with disability vs Personas incapacitadas...O viceversa”, en *Revista de Derecho Civil*, Volumen I, número 4, 2.014, pág. 68.

considera que el procedimiento de incapacitación es una institución contraria al espíritu de la Convención, debido a que mediante éste se priva a la persona de su capacidad de obrar, vulnerándose, con ello, la dignidad de la persona incapacitada y su derecho a la igualdad. Por ello, abogan por una profunda reforma legislativa de nuestro actual procedimiento de incapacitación, que conlleve al cambio de título del procedimiento, la eliminación de las instituciones de guarda que actualmente la componen (la tutela, la curatela, patria potestad prorrogada o rehabilitada, el defensor judicial e, incluso, la guarda de hecho), y la introducción al mismo tiempo, en nuestro sistema, de nuevas medidas de apoyo a favor de las personas con discapacidad que sean más acordes a lo exigido en el artículo 12 de la Convención<sup>914</sup>.

Así, lo reconoce ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES<sup>915</sup>, cuando indica que “*esta falta de versatilidad de los regímenes de guarda tradicionales aconseja acometer una reforma del sistema español, en orden al establecimiento de ‘las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica’ (art. 12.3 Convención). En este sentido, las propuestas doctrinales oscilan desde la modificación de las instituciones existentes hasta la completa sustitución del sistema de incapacitación, pasando por la incorporación de una figura que se sitúe a medio camino entre el tutor y el curador*”.

O también, SILLERO CROVETTO<sup>916</sup> argumenta que el reconocimiento sin reservas de la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad, deviene esencial y constituye condición básica para el ejercicio de cualquier derecho, de ahí la importancia del precepto cuyo contenido se refleja en todos los derechos recogidos en la Convención y obliga a plantear si la ratificación por el Estado español de la Convención exige adaptar la normativa al contenido de la misma, y, por tanto, es necesaria una revisión sustantiva y cualitativa de la actual regulación de la modificación de la capacidad de obrar y de su procedimiento judicial, que en nuestro Ordenamiento es el procedimiento de incapacitación. Así acaba manifestando<sup>917</sup> que “*mantener instituciones propias de la*

---

<sup>914</sup> La gran mayoría de autores que abogan por la introducción de estas nuevas medidas consideran que la figura ideal es algo similar al administrador de apoyo italiano, cuya regulación veremos a continuación.

<sup>915</sup> ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, “La curatela como medida de protección idónea en los casos de incapacitación parcial”, en *Actualidad Civil*, Nº. 2, febrero 2.005, pág. 15.

<sup>916</sup> SILLERO CROVETTO, “Incapacitación parcial tras la Convención de Nueva York? Posicionamiento jurisprudencial”, en *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*, García Garnica (directora), Editorial Dykinson, Madrid, 2.014, págs. 32 y 33.

<sup>917</sup> SILLERO CROVETTO, *Op. cit.*, pág. 60.

*incapacitación judicial que chocan abiertamente, con los mandatos de la Convención, no nos parece correcto”.*

Siempre en la misma línea, expone el Informe elaborado por el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid<sup>918</sup> sobre el impacto de la Convención en nuestro Ordenamiento jurídico y la aplicación de su artículo 12, que *“el cambio que se busca desde la Convención con el artículo 12 puede ser denominado como el paso del modelo de ‘sustitución en la toma de decisiones’, que sería el modelo actual, al modelo de ‘apoyo o asistencia en la toma de decisiones’. Se trata, sin duda, del mayor desafío que presenta la Convención, ya que el mismo integra dentro del concepto de capacidad jurídica a la capacidad de obrar, esto es, a la facultad de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas y restringe, e incluso podríamos decir que prohíbe, el instrumento de la incapacitación (en el caso de que éste sea entendido como mecanismo de anulación de la capacidad de obrar y, por tanto, ahora también de la capacidad jurídica) (...) De este modo, el instrumento internacional analizado exige modificar la concepción actual del proceso de incapacitación en la legislación española y, desde luego, su aplicación práctica. La discapacidad por sí misma no puede ser un motivo para limitar o restringir la capacidad para ejercer libremente los derechos fundamentales. No se puede imposibilitar o limitar a priori el ejercicio de derechos fundamentales a sujetos que estén, realmente, en condiciones adecuadas para realizarlo y esas condiciones tendrán que valorarse en cada situación (...)”.*

Discrepamos del Informe en varios de sus argumentos. Por ejemplo, en base al contenido del mismo, se podría llegar a la conclusión de que, en España, cuando una persona sufre algún tipo de discapacidad es automáticamente incapacitada, cuando, en realidad, en nuestro sistema para poder incapacitar a una persona, total o parcialmente, es necesario que la misma sufra *“deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que le impidan gobernarse por sí misma”*, por lo que no sería una simple discapacidad el motivo para limitar o restringir la capacidad de la persona como se recoge en el Informe, sino que tiene que ser un tipo de discapacidad persistente que impida a la persona autogobernarse, pretendiéndose, en todo momento, con dichas medidas adoptadas por el juez la guarda y protección de la persona que lo necesite. Igualmente,

---

<sup>918</sup> Informe “El tiempo de los Derechos”..., cit., págs. 14 y 16.

hemos de reflejar que mediante el procedimiento de incapacitación existe la posibilidad de que el juez, debido al grado de discapacidad que sufra la persona a incapacitar, crea oportuno proceder a su incapacitación parcial, no total, nombrando en dicho supuesto a un curador para que apoye o asista a la persona que lo necesite sólo en los actos que el juez fije en la sentencia.

Igualmente no podemos compartir la redacción del Informe cuando deja entrever que la incapacitación de una persona, ya sea total o parcial, conlleva *per se* la privación de derechos fundamentales del incapacitado, extremo totalmente superado, hoy en día, mediante la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2.009<sup>919</sup>, en la cual recoge nuestro Alto Tribunal: *“Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 del C.c.”*.

Una vez mostradas nuestras discrepancias con los sectores que abogan por la eliminación del actual procedimiento de incapacitación, hemos de manifestar que compartimos con éstos la necesidad de modificar y actualizar nuestro procedimiento de incapacitación, como, por ejemplo, con la sustitución del título por otro que fuese más acorde al espíritu de la Convención, así como la agilización en los procesos, o la especialización de los juzgados y sus trabajadores (jueces, fiscales, médicos forenses, oficiales de justicia...).

Igualmente, PEREÑA VICENTE<sup>920</sup> entiende que *“las deficiencias propias del proceso de incapacitación son culpables, en gran medida, de que se huya del mismo. La ausencia de juzgados especializados, la lentitud, el coste, la ausencia de procedimientos adecuados y, sobre todo, una percepción negativa del mismo, como restrictivo de derechos y limitativo de la libertad, provoca que el número de incapaces no incapacitados sea preocupantemente alto”*.

Sin embargo, concluye la autora dichas afirmaciones exponiendo: *“Es necesario un cambio de perspectiva. La incapacitación no limita, sino que protege”*.

De hecho, la incapacitación es el procedimiento legal existente en nuestro Ordenamiento jurídico para proteger a las personas necesitadas de protección, las cuales

---

<sup>919</sup> RJ 2009, 2901.

<sup>920</sup> PEREÑA VICENTE, *Dependencia e incapacitación. Libertad de elección del cuidador o del tutor*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2.008, págs. 28 y 29.

podrán o no haber obtenido el reconocimiento administrativo de persona con discapacidad. El procedimiento tiene por finalidad declarar, mediante sentencia firme, que una persona padece una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que le impide gobernar su persona y bienes, o solamente su persona, o sus bienes, determinando, además, el régimen de guarda al que haya de quedar sometida dicha persona, si bien lo cierto es que el legislador no quiso correr muchos riesgos a la hora de definir qué tipos de enfermedades conllevan a la incapacitación de una persona.

Perfectamente lo recoge LUCINI NICÁS<sup>921</sup> cuando indica: *“Hay que poner de relieve que la vaguedad con que se produce el artículo 200 del C.c. fue plenamente intencionada. El legislador, en efecto, quiso huir de fórmulas psiquiátrico-psicológicas que le hubieran conducido a clasificar las enfermedades que originan la pérdida de la aptitud de autogobierno, con la perturbadora consecuencia de trasplantar al Derecho positivo lo que es propio de una ciencia experimental en constante avance, apuntando la doctrina que es un incuestionable acierto haber prescindido de criterios casuísticos, necesariamente variables y siempre mejorables. Así pues, basta para ser declarado incapaz una enfermedad o deficiencia física o psíquica, siempre que sea persistente e imposibilite el autogobierno”*.

En la actualidad, desde los sectores de familiares llamados a promover la declaración judicial de incapacitación de quien carece de aptitud de autogobierno, se considera el proceso de incapacitación como vejatorio, cuando, en realidad, en nuestra opinión, es todo lo contrario, aunque entendemos que no debe ser agradable para nadie verse abocado a dirigir una demanda contra un familiar, y a seguir contra él un proceso contencioso y contradictorio que tiene por objeto restringirla capacidad de obrar del demandado.

En la línea que defendemos, MARÍN CALERO<sup>922</sup> cuenta: *“He dedicado muchas palabras y muchos viajes a convencer a padres y familiares a disipar sus miedos y recelos sobre la figura de la incapacitación y a ponerles crudamente de manifiesto las negativas consecuencias de desamparo y desprotección en que dejan a sus hijos, si no lo hacen; consecuencias negativas sólo en el ámbito del Derecho Privado, insisto, pero*

---

<sup>921</sup> LUCINI NICÁS, *Op. cit.*, pág. 1.624.

<sup>922</sup> MARÍN CALERO, “Comentarios a la Ley de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad, en relación con el patrimonio protegido de las personas con discapacidad”, en *Jornadas sobre la nueva ley de protección patrimonial de discapacitados*, Rueda Pérez (coordinador), Valencia, 2.004, pág. 42.

*importantes en la esfera patrimonial y concretamente en relación a las dos cuestiones que más suelen preocuparles: la tutela y la herencia”.*

Y es que, desde las corrientes que abogan por la eliminación del actual procedimiento de incapacitación y su sustitución por nuevas medidas de apoyo para cumplir con el artículo 12 de la Convención, se aprecia al procedimiento de incapacitación como la herramienta a través de la cual, el juez priva a una persona de su total capacidad de obrar, designando a un tercero que le sustituya a la hora de decidir, y, vulnerando, con ello, sus derechos fundamentales. Pero, ¿por qué presentarlo así?

Por nuestra parte, en cambio, consideramos que, sin perjuicio de las modificaciones que procedan para su total adaptación, nada impide que la legislación sustantiva y procesal vigente relativa a la determinación de la capacidad de las personas pueda interpretarse y aplicarse con adecuación a las previsiones de la Convención, ya que entendemos que el procedimiento de incapacitación actual es perfectamente compatible con lo exigido por su artículo 12 en relación a la capacidad de obrar de las personas con discapacidad, y que debe contemplarse, más que como un arma perjudicial para las personas necesitadas de protección, como el medio de guarda de las personas que habiendo disminuido o perdido la capacidad de entender y querer el contenido y las consecuencias de sus actos, pudiesen tomar por sí mismas o bajo la influencia de terceros, decisiones que, por acción u omisión, les irrogasen un perjuicio.

SEOANE RODRÍGUEZ<sup>923</sup> va un poco más allá al afirmar que *“a la luz de lo anterior cabe propugnar la rehabilitación de una institución jurídica decisiva para las personas con discapacidad intelectual: la incapacitación. Un modo de hacerlo es entenderla como capacitación. (...) Así entendida, la incapacitación perfila la capacidad de la persona con discapacidad intelectual, las condiciones de ejercicio de sus derechos, y fomenta su autonomía y plena integración en la sociedad”.*

Y es que, en nuestra opinión, efectivamente, el procedimiento de incapacitación que rige en nuestro Ordenamiento otorga a la persona necesitada de protección una serie de garantías equiparables a las que exige la Convención a los Estados Parte a través de su artículo 12. Es más, entendemos que, de haber tenido otro título el procedimiento de

---

<sup>923</sup> SEOANE RODRÍGUEZ, “La definición de la discapacidad intelectual de la AAMR y la determinación jurídica de la (in)capacidad. Hacia un nuevo paradigma”, en *Discapacidad Intelectual y Derecho*, Fundación Aequitas, 2.005, pág. 167.

incapacitación, como, por ejemplo, el de “procedimiento de capacitación”, seguramente hubiese tenido menos detractores de los que tiene en la actualidad, y quién sabe si, hoy en día, habría más personas protegidas con el nombramiento de un tutor o curador de las que existen en estos momentos.

Entre otras, podemos destacar como garantías del procedimiento de incapacitación a favor de la persona que necesite protección, el hecho de que la privación de la capacidad de obrar (total o parcial) únicamente podrá realizarse “por sentencia judicial”, tal y como establece el artículo 199 del C.c., lo cual es una seguridad para la toda sociedad en general<sup>924</sup>, al suponer que la modificación de nuestra capacidad de obrar únicamente podrá realizarse mediante un proceso declarativo.

Al mismo tiempo, para llegar a la sentencia de incapacitación no basta con sufrir cualquier tipo de enfermedad por grave que sea, sino que se tienen que dar una serie de causas, que quedan englobadas en la última parte del artículo 199 del C.c., cuando establece que *“la privación de capacidad por sentencia sólo cabe, en virtud de las causas establecidas en la Ley”*; mientras que el artículo 200 del C.c. expone que *“son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”*.

Otra medida de gran importancia a favor de las personas que necesitan ser asistidas o apoyadas en ciertos aspectos de su vida es la que recoge el artículo 232 del C.c., que establece: *“la tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado”*. Pocas garantías de mayor trascendencia jurídica se nos ocurren, que la de que las actuaciones del tutor o curador sean controladas por el Ministerio Fiscal, que, además, debe actuar tanto de oficio, como a instancia de cualquier interesado.

Aunque, sin duda, entendemos que la más importante de todas las garantías que incluye el procedimiento de incapacitación, y que, al mismo tiempo, se usa para apostar por su validez a la hora de adaptar el artículo 12 de la Convención, es el hecho de que la sentencia haya de estipular si la incapacitación que se fija es total o parcial, tal como

---

<sup>924</sup> No olvidemos que, en cualquier momento, todos podemos pasar a formar parte del grupo de personas que necesitan protección o apoyo.

dispone el artículo 760.1<sup>925</sup> de la LEC; y, en consecuencia, si se le nombra un tutor o un curador, o, en su caso, la patria potestad prorrogada o rehabilitada, ya que dependiendo de uno u otro caso, el juez graduará el grado de protección que verdaderamente necesita la persona en cuestión, pudiendo ir la medida de guarda desde una protección total, nombrando en tal caso un tutor, hasta una protección parcial, nombrando el juez entonces un curador cuya función sería apoyar en lo que necesite al curatelado, siempre dependiendo del contenido de la sentencia.

Una vez expuesto todo lo anterior, concluimos el presente apartado planteándonos: ¿realmente creemos que el Gobierno aprobará algún día el ansiado proyecto de ley adaptación del artículo 12 de la Convención a nuestro Ordenamiento jurídico?

Existen diversas razones que invitan a ser optimista al respecto, como, por ejemplo, el hecho de que, hasta en dos ocasiones<sup>926</sup>, el Gobierno haya anunciado el compromiso de elaborar dicho proyecto de ley.

O que en septiembre de 2.011, el Comité para los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas (órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención), en sus Observaciones al Informe presentado por España en cuanto a la adaptación de la Convención, avisaba al Gobierno Español en su epígrafe 33<sup>927</sup>, de que se tenía conocimiento del plazo de un año que la Ley 26/2.011 había

---

<sup>925</sup> Establece el artículo 760.1 de la LEC: “la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763”.

<sup>926</sup> La primera de ellas fue al año siguiente de la entrada en vigor de la Convención en nuestro país, mediante la Ley 1/2.009, de 25 de marzo de reforma de la Ley de 8 de junio de 1.957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitación, cargos tutelares y administradores de patrimonios, cuya Disposición Final primera ordenaba “al Gobierno remitir a las Cortes Generales en el plazo máximo de seis meses un proyecto de ley reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención”.

Al no cumplir con dichos plazos, el mandato se retoma en la Disposición Adicional séptima de la Ley 26/2.011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en la que se recoge: “el Gobierno, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen”.

<sup>927</sup> Se recoge, literalmente, en el párrafo 33 de las Observaciones Finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad emitidas del 19 al 23 de septiembre de 2.011 tras el examen del Informe presentado por España en virtud del artículo 35 de la Convención, que “el Comité observa que la Ley Nº 26/2.011 establece un plazo de un año desde su entrada en vigor para la presentación de un proyecto de

otorgado para presentar un proyecto de ley que regularizase el alcance y la interpretación del artículo 12 de la Convención.

Es decir, que la ONU está pendiente de la elaboración de dicho proyecto de ley, aunque, hasta la fecha, no se le haya hecho caso alguno. ¿Seguirá ignorando por mucho tiempo nuestro Gobierno las directrices de la ONU?

O que el 14 de noviembre de 2.012, a la pregunta elaborada por escrito por el Diputado de Izquierda Unida Gaspar Llamazares Trigo referente a la situación del proyecto de ley de adaptación normativa del Ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención, el Gobierno mediante respuesta escrita afirmó que *“cuenta con un borrador cuya tramitación comenzará en breve y que aquilatará tanto las normas civiles como procesales para lograr un mejor ajuste con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”*.

Dicho lo cual, y aun habiendo reconocido que existen motivos para ser optimistas al respecto, no nos cabe ninguna duda de que la realización de dicho proyecto en un futuro cercano queda totalmente descartada. ¿El motivo? La próximas elecciones generales de diciembre de 2.015, que suponen que el Gobierno actual se centre en otras cuestiones antes que en la elaboración del tan mencionado proyecto de ley, y más con las dificultades jurídicas que el mismo puede suponer a todos los niveles de nuestro Ordenamiento jurídico, como se refleja en el hecho de que se venga anunciando desde hace más de seis años y aún no se haya redactado.

Aun así, dejamos expuesto que, para nosotros, teniendo en cuenta los antecedentes que acabamos de exponer, tarde o temprano el legislador acabará introduciendo una serie de modificaciones terminológicas en nuestro C.c., aunque sin alterar su actual regulación ni las instituciones de guarda y protección que recoge.

Basamos nuestra afirmación en que el cambio terminológico ya se ha producido en algunas leyes, como las mencionadas la Ley 20/2011 y Ley Orgánica 2015 de modificación del C.P., aunque por encima de todas debemos destacar lo ocurrido en la reciente Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, donde directamente se hace referencia al procedimiento de la incapacitación como “proceso judicial para

---

*ley que regule el alcance y la interpretación del artículo 12 de la Convención. Preocupa al comité que no se hayan tomado medidas para reemplazar la sustitución en la adopción de decisiones por la asistencia para la toma de decisiones en el ejercicio de la capacidad jurídica”*.

modificar la capacidad de una persona”, y a la persona incapacitada como “persona con capacidad modificada judicialmente”, mientras que al mismo tiempo sigue regulando las figuras de la tutela, la curatela y el guardador de hecho. Y todo ello en el capítulo IV de la ley, que precisamente lleva por título: “*De la tutela, la curatela y la guarda de hecho*”, lo cual nos lleva a pensar que el legislador español no parece muy por la labor de sustituir dichas medidas de guarda, sino más bien, todo lo contrario.

### **4.3.- La curatela interpretada a la luz de la Convención**

Dentro de las instituciones de guarda recogidas, hoy en día, en nuestro C.c., no hay duda de que tras la Convención, será la curatela el eje central del futuro procedimiento de modificación de la capacidad de las personas, como, de hecho, ya lo viene siendo.

Cuando nos referimos a la curatela, lo hacemos a una institución de protección a favor de personas que han de ser asistidas o apoyadas parcialmente, y nunca incapacitadas totalmente.

SANCHO REBUDILLA<sup>928</sup> define la curatela como “*un órgano estable pero de actuación intermitente que se caracteriza porque su función no es representar, suplir o sustituir la capacidad de obrar de quien carece de ella, sino asistir, completar la capacidad de quien, poseyéndola legalmente, necesita para determinados actos de esta adicción o concurrencia por mor de asesoramiento o consejo*”.

La importancia de la curatela en nuestro Ordenamiento jurídico es tal que el hecho de haber prescindido de ella en la redacción originaria de nuestro Código Civil<sup>929</sup> supuso la coincidencia unánime de doctrina y jurisprudencia de la época a la hora de exigir su restablecimiento, consiguiéndolo en 1.983 mediante la Ley 13/1983, de 24 de octubre de reforma de la tutela.

---

<sup>928</sup> SANCHO REBUDILLA, *El nuevo régimen de la familia. III. Tutela e instituciones afines*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.984, pág. 62.

<sup>929</sup> Aunque en realidad, en la redacción originaria de nuestro C.c. se hacía referencia a la curatela, concretamente en su artículo 1.764, que recogía: “*Si una persona capaz de contratar acepta el depósito hecho por otra incapaz, queda sujeta a todas las obligaciones del depositario, y puede ser obligada a la devolución, por el tutor, curador o suministrador de la persona que hizo el depósito, ó por esta misma, si llega a tener capacidad*”.

Y también aparecía en las Disposiciones Transitorias séptima a la décima, que trataban de la tutela.

Y es que, antes de 1.983, la única institución encargada de proteger a las personas con cualquier tipo de discapacidad era la tutela, que englobaba la protección desde personas que tuviesen una discapacidad psíquica tal que, realmente, le hiciese necesitar un tutor, hasta los pródigos, o, simplemente, las personas con una mínima demencia.

Por ello, al no haber una regulación de diferentes grados de discapacidad, únicamente existían dos alternativas, o incapacitar a la persona privándole totalmente de su capacidad de obrar aunque tuviese un tipo de discapacidad psíquica mínima, o no protegerla de ninguna forma por entenderse que el grado de discapacidad psíquica que sufría no era tan importante como para incapacitarla.

Y es ese precisamente el motivo por el que se restableció la curatela, para que, junto a la posibilidad de representación de la persona (privándola de su capacidad de obrar mediante la tutela), existiese otra institución de apoyo o asistencia para completar la capacidad de obrar de las personas que únicamente necesitaban eso, ser asistidos o apoyados en determinados actos, sin que, por ello, su voluntad haya de ser sustituida.

De ahí que mediante la Ley 13/1.983 se diese nueva redacción a los artículos 286 a 293 del C.c., estableciendo, como criterio determinante de la curatela, el grado de discernimiento de la persona sometida al cargo de guarda, con la función clara de asistencia o complemento de capacidad y no de representación<sup>930</sup>. Al mismo tiempo, mediante la reforma, se obligaba al juzgador a fijar en la sentencia los límites de la incapacitación, es decir, que adaptase mediante la sentencia y en base a las necesidades de cada persona los límites que la misma requiriese (tutela para unos, diferentes tipo de curatela para otros).

Si bien era éste el espíritu de la Ley 13/1.983, lo cierto es que, desde su entrada en vigor hasta nuestros días, el mismo no se ha respetado, ya que, generalmente, se ha seguido nombrando tutores a las personas a cuyo favor se instase un procedimiento de incapacitación, en lugar de tener en cuenta también e, incluso, dar preferencia, a la curatela, lo cual puede deberse a varios factores, como pueden ser las actuaciones profesionales poco exhaustivas debido a la carga de trabajo judicial, o la falta de

---

<sup>930</sup> DE COUTO GÁLVEZ, “Artículos 286 a 293 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, Tomo II, Volumen 2º, Rams Albesa y Moreno Flores (coordinadores), Editorial Bosch, Barcelona, 2.000, pág. 2.027.

recursos personales cualificados que permitiesen mejores valoraciones de cada caso, así como de las necesidades concretas de la persona.

También lo aprecia así, entre otros muchos autores, VIVAS TESÓN<sup>931</sup> cuando comenta que *“si bien la Ley 13/1.983, de 24 de octubre, que adaptaba nuestro viejo Código civil a los principios constitucionales, introdujo un sistema en el cual la incapacidad judicial debía adecuarse a las concretas exigencias de la persona enferma (la sentencia de incapacidad debe fijar la extensión y límites), permitiéndole, en su caso, realizar actos personalísimos (p. ej. matrimonio, reconocimiento de un hijo natural, otorgar testamento o el derecho al sufragio activo), en su aplicación práctica, ha persistido (o, al menos, ésa es mi impresión, tal vez equivocada) una predominante visión económica y patrimonial de la institución jurídica, dejando poco espacio a la consideración de la personalidad y libertad del individuo”*.

Lo que resulta evidente es que, por no haberse cumplido con el espíritu de la Ley 13/1.983, o dicho de otra forma, por seguir dándose carácter preferencial y casi único, a la tutela frente a la curatela como se hacía antes de la reforma de 1.983, es por lo que desde diversas corrientes se entiende necesaria la eliminación de las actuales instituciones de guarda y protección a favor de las personas incapacitadas en nuestro Ordenamiento.

Por todos, CABELLO DE ALBA JURADO<sup>932</sup>, cuando expone que *“del tenor de este precepto resultaría claramente que la curatela si es una institución que podría encajar en las denominadas por la Convención de “apoyo o asistencia”. En la práctica por el contrario, además de ser una institución a la que se recurre en muy contadas ocasiones, quizá por sus antecedentes históricos remotos en el derecho romano o por la redacción original del Código civil, que seguía otras directrices, o por la referencia explícita que la limita a los incapacitados, la curatela es una institución cuyo naturaleza está “viciada”. Se utiliza para aquellos supuestos en que la sentencia de incapacidad limita la sustitución del incapacitado a determinados ámbitos de su interés, generalmente sólo patrimoniales. Queda por tanto en eso: una tutela limitada a*

---

<sup>931</sup> VIVAS TESÓN, *Más allá de la capacidad de entender y querer*. Badajoz, Futuex, 2.012, págs. 25 y 26.

<sup>932</sup> CABELLO DE ALBA JURADO, *“La discapacidad como hecho y su incidencia en el ámbito jurídico: distintos regímenes jurídicos y alternativas en el marco de la Convención”*, L Jornadas Aequitas/Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia”, 2.013, pág. 11.

*algunos aspectos de la actuación del curatelado, pero no a la función de apoyo que podría desempeñar”.*

En la corriente doctrinal contraria, a la que nos adherimos, se entiende que con las instituciones de guarda existentes, en la actualidad, en nuestro Ordenamiento, la Convención podrá integrarse en nuestro sistema sin ningún inconveniente. Así, por ejemplo, lo manifiesta RAMS ALBESA<sup>933</sup> al indicar: *“creo yo que la adhesión y ratificación de la Convención, que aquí se examina, daño evidente no hace, pero no era ni conveniente ni necesaria. Nuestro sistema de apoyo y suplencia de la capacidad de obrar, desaparecidas las limitaciones absurdas debidas al sexo, al estado civil y a la condición social de las personas, se puede calificar de adecuado, suficiente y de sumamente respetuoso para con los derechos humanos y sus garantías, así como con los derechos constitucionales de las personas y sus libertades públicas”.*

O también DE PABLO CONTRERAS<sup>934</sup>, cuando expone que *“nuestro vigente sistema no vulnera en sí, pues, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: lo que puede vulnerar ésta es, en cambio, su incorrecto entendimiento y aplicación en la práctica”.*

Igualmente, por nuestra parte, entendemos que mediante la regulación actual de la curatela, con algunas modificaciones de menor impacto que supongan el cumplimiento efectivo, esta vez sí, del espíritu de la Ley 13/1.983, la Convención puede quedar adaptada perfectamente a nuestro Ordenamiento sin necesidad de apostar por otro sistema diferente de apoyo.

#### **4.3.1.- Razones que llevan a apostar por la curatela como medio idóneo de adaptación del artículo 12 de la Convención a nuestro sistema**

A continuación, pasamos a enumerar cuáles son las razones que nos llevan a apostar por la curatela como medio idóneo de adaptación del artículo 12 de la Convención a nuestro sistema, sin entender, por tanto, necesario la sustitución del actual procedimiento de

---

<sup>933</sup> RAMS ALBESA, “Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº. 723, 2.011, pág. 253.

<sup>934</sup> DE PABLO CONTRERAS, “La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Comentario a la Sentencia de 29 de abril de 2009”, en *Comentarios a las Sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, Editorial Dykinson, Madrid, 2.010, pág. 575.

incapacitación por otro diferente que se base en el apoyo o asistencia a las personas con discapacidad.

#### **4.3.1.a).- El reconocimiento y la aceptación de la figura de la tutela-curatela por la Convención en su artículo 23.2**

El primero de los motivos es, concretamente, que la propia Convención, en su artículo 23.2<sup>935</sup>, reconoce la existencia de la figura de la tutela en diversos Estados Parte, sin exigirles a éstos su eliminación, sino que la respeta y acepta.

Y es que el hecho de que la Convención sea Derecho interno no significa que derogue el sistema de incapacitación actual, sino que nuestros legisladores están obligados a adaptar el contenido de aquélla a nuestro Ordenamiento, encontrando los instrumentos necesarios que den respuesta a todas las exigencias de la norma internacional.

#### **4.3.1.b).- Posibilidad de aplicar la curatela tanto en el ámbito personal como en el ámbito patrimonial de las personas necesitadas de protección**

Desde los sectores de la sociedad que desechan la opción de la curatela como medio ideal de adaptación del artículo 12 de la Convención, argumentan que dicha institución de guarda únicamente puede establecerse en el ámbito patrimonial de las personas, y nunca en el personal, que es el que la Convención busca reforzar mediante apoyos y asistencia.

Así, coincidiendo con las posiciones del CERMI<sup>936</sup> o de la Fundación Aequitas, el Informe del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, indicó que *“además, la praxis judicial, en lugar de establecer la limitación de la capacidad, como exige la ley, sólo en la medida que sea necesaria para proteger los intereses de la persona y atendiendo a sus circunstancias y necesidades*

---

<sup>935</sup> Literalmente, dispone el artículo 23.2 de la Convención: *“los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos”*.

<sup>936</sup> Comité Español de Representación de las Personas con Discapacidad.

*concretas, se ha limitado a crear dos grados de incapacitación: 1) la incapacidad absoluta o total, que conlleva el sometimiento a tutela del incapacitado, supone por regla general que éste queda privado de su “capacidad de obrar” tanto en su esfera patrimonial como en su esfera personal, pudiendo quedar impedido incluso para ejercitar sus derechos fundamentales y adoptar decisiones en ese ámbito, y 2) el sometimiento a curatela del incapacitado, entendiéndose habitualmente que el curador deberá asistir al incapacitado en la realización de la generalidad de actos de disposición de carácter patrimonial”.*

Termina exponiendo el Informe, acto seguido que “*como se ha señalado antes, habitualmente se entiende que el curador asiste al incapacitado exclusivamente en la realización de negocios de carácter patrimonial. Su aplicación a aquellas decisiones que afectan al ejercicio de los derechos fundamentales puede estar enfrentada a la Convención por lo que en este ámbito deberían articularse otras medidas de apoyo y asistencia”.*

Y nosotros nos preguntamos, ¿en base a qué argumentos se alcanzan dichas conclusiones?

Lo único cierto e irrefutable en dicho sentido es que no existe ninguna norma que, de forma expresa, impida dicha posibilidad.

Nosotros coincidimos con estos sectores en el exclusivo contenido patrimonial de la curatela a la que pueden someterse los emancipados cuyos padres quedaren impedidos o fallecieren, o los que obtuvieron el beneficio de la mayoría de edad, o los declarados pródigos; pero discrepamos, en cambio, en cuanto a la exclusividad patrimonial del alcance de esta institución de guarda cuando nos refiramos a personas incapacitadas por causa de una enfermedad.

Nos encontramos, aquí, ante un tema de gran importancia, ya que del alcance exacto del ámbito al que puede aplicarse la curatela, sólo patrimonial o también personal, dependerá la posibilidad o no de apostar por el actual sistema de incapacitación como medio ideal de adaptación del artículo 12 de la Convención a nuestro Ordenamiento.

Y es que no podemos obviar que, en caso de que el único ámbito de aplicación posible a la hora de instaurar la curatela a favor de una persona que lo necesitase debido a su enfermedad fuese el patrimonial, nuestro procedimiento de incapacitación actual no

sería suficiente para llevar a cabo la adaptación por la que venimos apostando, por ser precisamente, como queda recogido en el articulado de la norma internacional, el ámbito personal de la persona con discapacidad el que ha de verse reforzado mediante apoyos o asistencia.

Nuestra doctrina resulta enfrentada al respecto. Por un lado, existe la corriente de autores, a la que nos unimos, que consideran que, efectivamente, la curatela no sólo alcanza el ámbito patrimonial de la persona con discapacidad, sino que también puede establecerse para su ámbito personal.

Así, por ejemplo, lo expresa GARCÍA CANTERO<sup>937</sup>, cuando manifiesta que “*la curatela de los incapacitados ha de comportar alguna intervención en el ámbito de la esfera personal*”; también lo entiende así, la autora GETE ALONSO Y CALERA<sup>938</sup>, que indica: “*aunque lo normal es que el curador sólo intervenga en el ámbito patrimonial, no se excluye su intervención en el ámbito personal*”; en la misma línea se sitúa DE COUTO GÁLVEZ<sup>939</sup> al expresar que “*la curatela de los menores y de los pródigos tiene un contenido exclusivamente patrimonial, mientras que la protección de los incapacitados puede extenderse a la guarda de la persona, además de al ámbito patrimonial*”; o, por último, también CERRADA MORENO<sup>940</sup>, cuando argumenta que “*la curatela puede también referirse al ámbito estrictamente personal, por ejemplo, para el seguimiento del tratamiento médico*”.

Por nuestra parte, entendemos que de la interpretación literal del artículo 215 del C.c. también se debe alcanzar tal conclusión, ya que el citado precepto que “***la guarda y protección de las personas y bienes o solamente de las personas o de los bienes de los menores o incapacitados se realizará, en los casos que proceda, mediante: 1º. La tutela. 2º. La curatela y 3º. El defensor judicial***”.

Si nos atenemos, exclusivamente, a las palabras que hemos marcado en negrita, de dicho artículo se desprende que la guarda y protección de las personas incapacitadas se realizará mediante la curatela.

---

<sup>937</sup> GARCÍA CANTERO, “Notas sobre la curatela”, en *Revista de Derecho Privado*, N.º. 9, 1.984, pág. 787.

<sup>938</sup> GETE ALONSO Y CALERA, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Editorial Cívitas, Madrid, 1.992, pág. 244.

<sup>939</sup> DE COUTO GÁLVEZ, *Op. cit.*, pág. 2.029.

<sup>940</sup> CERRADA MORENO, *Incapacitación y Procesos sobre Capacidad de las personas*, Editorial Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2.014, pág. 264.

En el sentido contrario, el de interpretar que la curatela, únicamente, puede alcanzar el ámbito patrimonial de las personas con discapacidad, nos encontramos, entre otros autores, con la opinión de LETE DEL RÍO<sup>941</sup>, que expone que la curatela “*es una asistencia de protección con ámbito limitado a la esfera patrimonial concreta que haya señalado la Ley o la sentencia, por lo que puede decirse que la función del curador es de tuición patrimonial*”; igualmente, GUILARTE MARTÍN-CALERO<sup>942</sup> define a la curatela como “*aquella institución tutelar de carácter estable pero de actuación intermitente que se constituye para integrar la capacidad de quienes pueden actuar por sí mismos, pero no por sí solos, proveyéndoles, a tal efecto, de un curador que complementará su capacidad deficiente en la esfera patrimonial determinada en la ley o sentencia*”; o, por último, VIVAS TESÓN<sup>943</sup>, que también considera que “*a mayor abundamiento, el curador no tiene deberes de cuidado personal del curatelado, sino sólo funciones de asistencia en el cumplimiento de actos patrimoniales de extraordinaria administración*”.

Sin embargo, todos los autores que componen esta última corriente doctrinal reconocen en sus trabajos, como no puede ser de otra forma, la total libertad del juez a la hora de fijar los actos sobre los que el curador deberá asistir o apoyar al curatelado.

Nosotros nos preguntamos, ¿y qué obliga a los jueces españoles a fijar el ámbito de actuación de la curatela, únicamente, en la esfera patrimonial de las personas que necesiten dicha figura como medida de apoyo o asistencia? En nuestra opinión, nada.

A tal conclusión llegamos en base al contenido del artículo 289 del C.c., que establece que “*la curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido*”.

Es decir, que el legislador fijó como ámbito de aplicación de la curatela los “*actos*” en sentido general que el juez estimase necesario, por lo que no se refiere, concretamente, ni a los actos referidos al ámbito personal de la persona ni a los del ámbito patrimonial, sino a actos en sentido general, dependiendo, por tanto, únicamente del juez el tipo de

---

<sup>941</sup> LETE DEL RÍO, “De la tutela, de la curatela y de la guarda de menores e incapacitados. Comentario a los arts. 286 a 298 del Código civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Albaladejo (director), Tomo IV, Editorial Edersa, Madrid, 1.985, pág. 238.

<sup>942</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, Editorial McGraw Hill, Madrid, 1.997, pág. 113.

<sup>943</sup> VIVAS TESÓN, *Más allá...*, cit., pág. 26.

apoyo o asistencia, y el ámbito de la misma, que deberá fijar a favor de una persona en base a sus necesidades.

Y el último artículo del C.c. que usamos para defender nuestros argumentos es el 290, el cual dispone que *“si la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador, se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según este Código, autorización judicial”*.

¿Y cuáles son los actos para los que los tutores, y curadores en base al artículo 290, necesitan autorización judicial? Pues concretamente los que recoge el artículo 271<sup>944</sup> del C.c., entre los cuales se engloban algunos actos que afectan al ámbito personal, como puede ser, por ejemplo, apoyar al curatelado a la hora de decidir si le conviene internarse en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial; renunciar derechos, entablar demandas, etc. De ahí que lleguemos a la conclusión de que efectivamente, el apoyo o asistencia del curador también podrá fijarse sobre el ámbito personal del curatelado.

En este sentido, MAJADA PLANALLÉS<sup>945</sup> indica: *“Por nuestra, insistimos en la postura expuesta y creemos que en la curatela de los incapacitados no parece recomendable propugnar tan tajante deslinde entre la esfera patrimonial y la persona del curatelado”*.

---

<sup>944</sup> Recoge el artículo 271 del C.c. que el tutor necesita autorización judicial para llevar a cabo los siguientes actos:

- 1.º Para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial.
- 2.º Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones.
- 3.º Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado.
- 4.º Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades.
- 5.º Para hacer gastos extraordinarios en los bienes.
- 6.º Para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía.
- 7.º Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años.
- 8.º Para dar y tomar dinero a préstamo.
- 9.º Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado.
- 10.º Para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado.

<sup>945</sup> MAJADA PLANALLES, *La incapacitación, la tutela y sus formularios*, Editorial Bosch, Barcelona, 1.985, pág. 150.

Aunque si por algo consideramos que, en la actualidad, no existe duda en cuanto a la posibilidad de fijar la curatela en el ámbito personal de quien lo necesite, es por la postura jurisprudencial existente al respecto.

En efecto, la posición de nuestro Tribunal Supremo es unánime en dicho sentido como se acredita, por ejemplo, en el Fundamento de Derecho Segundo, punto 5º, de la Sentencia de 24 de junio de 2.013<sup>946</sup>, cuando expone que *“en la esfera personal requerirá la asistencia del curador en cuanto al manejo de los medicamentos prescritos, ayuda de su enfermedad y autocuidado, el cual decidirá también en su caso la permanencia en residencia o su internamiento en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial. En lo que se refiere a su patrimonio...”*.

Aún de forma más clara se presenta la Sentencia de 1 de julio de 2.014<sup>947</sup>, cuando establece: *“En el Código civil no se circunscribe expresamente la curatela a la asistencia en la esfera patrimonial, por lo que al amparo de lo previsto en el artículo 289 C.c., podrían atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como pudiera ser la supervisión del sometimiento del incapaz a un tratamiento médico, muy adecuado carece de conciencia de enfermedad”*.

#### **4.3.1.c).- Gran similitud existente entre la figura de la curatela y la del administrador de apoyo italiano**

Desde las corrientes que abogan por la sustitución del procedimiento de incapacitación actual por otro totalmente diferente que tenga como eje central el apoyo (ayuda, asistencia, colaboración...) a favor de las personas con discapacidad, se recomienda al legislador español la introducción en nuestro Ordenamiento de una figura jurídica similar a la del *amministratore di sostegno* o administrador de apoyo italiano.

Se defiende, desde dichos sectores, que la figura del administrador de apoyo italiano, a diferencia de nuestro actual procedimiento de incapacitación, sí está en perfecta armonía con lo exigido por el artículo 12 de la Convención en cuanto al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto.

---

<sup>946</sup> RJ 2013, 3948.

<sup>947</sup> RJ 2014, 4518.

La figura del administrador de apoyo italiano es el resultado de una reforma de gran envergadura llevada a cabo en el Código civil de dicho país a través de la Ley núm. 6/2.004<sup>948</sup>, cuyo objeto fue “*tutelar con la menor limitación posible la capacidad de actuar, a las personas privadas total o parcialmente de autonomía en la realización de las funciones de la vida cotidiana, mediante intervenciones de apoyo temporal o permanente*”, y de ahí que la incapacidad adquiriese un carácter totalmente residual en Italia, a favor del administrador de apoyo italiano.

Y es que, tal y como indica VIRGINIA ZAMBRANO<sup>949</sup>, el legislador italiano, alejándose del rígido binomio capacidad/incapacidad muestra su interés hacia la flexibilidad de un instituto, el de la administración de apoyo legal, que asigna la protección del sujeto débil a la “definición del objeto del cargo y de los actos que el administrador de apoyo puede realizar”.

Avisamos con antelación, de que en base a la posibilidad que nos confiere el artículo 291 del C.c. (mediante el cual son aplicables a los curadores las normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores), en el presente apartado sustituiremos el término de tutor por el de curador en ciertos artículos del C.c., en aras de una mejor comprensión de lo argumentado.

Comenzaremos diciendo que, bajo nuestro punto de vista, la figura de la curatela española y la del administrador de apoyo italiano, tan anhelada por algunos, son muy similares no sólo en su función, sino también, en su regulación y objeto.

#### **4.3.1.c).1.- Similitud en cuanto a su función**

La función del administrador de apoyo es, tal y como recoge el artículo 404<sup>950</sup> del Código Civil italiano (en adelante, CC), intentar proteger, con la menor limitación

---

<sup>948</sup> Reforma que supuso el cambio de nombre del Título XII del Libro I del *Codice Civile*, pasando a sustituirse el anterior “*De la enfermedad, la incapacidad y la inhabilitación*”, por el nuevo “*De las medidas de protección de las personas privadas total o parcialmente de autonomía*”, dividiéndose este nuevo Título en 2 Capítulos, el Capítulo I, “*De la administración de apoyo*”, y el Capítulo II, “*De la incapacidad, la inhabilitación y la discapacidad natural*”.

<sup>949</sup> VIRGINIA ZAMBRANO, “La protección de los mayores entre el Código Civil y la Ley Especial. La experiencia italiana”, en *La protección de las personas mayores*, dirigido por Lasarte Álvarez, Editorial Tecnos, Madrid, 2.007, pág. 72.

<sup>950</sup> El artículo 404 el *Codice* establece, literalmente, que: “*La persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea,*

posible, las personas que por cualquier enfermedad o deficiencia física o psíquica, se encuentran imposibilitadas, bien de forma parcial o temporal, a la hora de gestionar sus propios intereses.

Mientras que la figura del curador español (la cual se dirige a las mismas personas a las que, en Italia, se nombra un administrador de apoyo, es decir, a aquéllas que por cualquier enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico no pueda autogobernarse) tendrá como función, en base al artículo 289 del C.c., la asistencia al curatelado en aquellos actos que expresamente imponga la sentencia.

De ahí que el curador español se limite a ejercer una labor puramente asistencial, es decir, debe asistir-apoyar al curatelado, pero nunca sustituir su voluntad, por lo que coincide plenamente con la función encomendada al administrador de apoyo italiano.

#### **4.3.1.c).2.- Similitud en cuanto a su regulación**

A la hora de estudiar la regulación legal de una y otra figura, apreciamos la existencia de artículos de los Códigos civiles de ambos países, muy similares en cuanto a su redacción.

Así, por ejemplo, el art. 410 del CC recoge que *“el administrador de apoyo tiene que desarrollar su cometido teniendo en cuenta las necesidades y aspiraciones del beneficiario”*; mientras que el art. 216 de nuestro C.c. establece que *“las funciones tutelares se ejercerán en beneficio del curatelado”*, y, en el mismo sentido, el art. 269 de nuestro mismo Cuerpo legal estipula en su punto 3º que *“el curador está obligado a velar por el curatelado y a promover la adquisición o recuperación de la capacidad de éste y su mejor inserción en la sociedad”*.

Por otra parte, en Italia, la persona con discapacidad puede instar ella misma el procedimiento para que se le nombre un administrador de apoyo (artículo 406 del CC) o solicitar la sustitución de éste (artículo 413 CC), mientras que, en nuestro país, tras la reforma introducida por la LPPD, el artículo 757.1 LEC contempla que la declaración de incapacidad puede establecerla, entre otros, el presunto incapaz, y el artículo 248 del

---

*di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio”.*

C.c. dispone que el curatelado puede solicitar la remoción del curador, y una vez declarada ésta judicialmente, se procederá al nombramiento de un nuevo curador.

También coinciden en que, en ambos sistemas, una persona en aras de una posible futura discapacidad-incapacidad, podrá designar quién quiere que sea su administrador o curador llegado dicho momento.

Así, el artículo 408 del CC expone que el propio interesado en previsión de una futura discapacidad, puede designar el que será su administrador de apoyo mediante acto público o documento privado protocolizado. A falta de dicha designación personal, o en presencia de motivos graves, el juez podrá designar otro administrador distinto cuando así lo crea oportuno y motive. En la elección, el juez tutelar deberá regirse, cuando sea posible, por el siguiente orden: al cónyuge no separado legalmente, la persona que conviva con el discapacitado establemente, el padre, la madre, el hijo, el hermano o la hermana, el pariente hasta el 4º grado o el sujeto designado por el progenitor supérstite por testamento, acto público o documento privado autenticado.

En nuestro Ordenamiento, además de coincidir con el italiano en cuanto al hecho de que cualquier persona capaz puede determinar quién desea que sea su tutor-curador en caso de ser necesario en un futuro mediante la figura de la autotutela (artículo 223 del C.c.), es muy similar también el orden de preferencia al que ha de atenerse el juez a la hora de fijar al tutor-curador correspondiente, ya que establece el artículo 234 del C.c. que para el nombramiento del curador se preferirá: al designado por el propio curatelado, al cónyuge que conviva con el curatelado, a los padres, a la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad, al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez. Excepcionalmente, el juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficiario del menor o del incapacitado así lo exigiere.

También son muy parecidos en su contenido los artículos 412 del CC y el 293 del C.c. en cuanto a la ineficacia de los actos realizados sin el consentimiento necesario, ya que, mientras el precepto italiano recoge que, los actos llevados a cabo bien por el administrador de apoyo, bien por el propio beneficiario, en infracción de normas o de las disposiciones contenidas en el decreto que instituye la administración de apoyo, son anulables a instancia del administrador de apoyo, del Ministerio Fiscal, del beneficiario o de sus herederos, y que las acciones prescriben a los 5 años, a contar desde el cese del

estado de sujeción a la administración de apoyo; el español estipula que los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador, cuando ésta sea preceptiva, serán anulables a instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela, de acuerdo con los artículos 1.301 (la acción de nulidad sólo durará 4 años cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapacitados desde que salieron de tutela) y siguientes del C.c.

#### **4.3.1.c).3.- Similitud en cuanto a su objeto**

Pero, sin ninguna duda, la similitud más importante entre ambas figuras es la existente en relación a su objeto.

Establece el art. 409 del CC que el beneficiario del administrador de apoyo conserva la capacidad de obrar para todos los actos que no requieran la representación exclusiva o la asistencia necesaria de éste. El beneficiario de la administración de apoyo puede, en todo caso, cumplir los actos necesarios para satisfacer las exigencias de la propia vida cotidiana.

Por su parte, nuestro C.c. establece en su artículo 289 que la curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia, y su artículo 293 que “*los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador, cuando ésta sea preceptiva (...)*”, por lo que se está afirmando que existen actos (de hecho, deberían ser la mayoría) en los que el incapacitado seguirá actuando sin necesidad de la asistencia o apoyo del curador, al igual que sucede en Italia con la figura del administrador de apoyo. El mejor ejemplo de que también, en España, el curatelado conserva su capacidad de obrar plena para el resto de actos en los que no necesite el apoyo del curador, lo refleja la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que exponemos en el siguiente apartado.

Concluyendo esta breve comparación entre el administrador de apoyo italiano y el curador español, queremos resaltar que actualmente en Italia, más de diez años después de la aparición del administrador de apoyo, siguen existiendo en el Ordenamiento jurídico italiano como medidas de guarda a favor de las personas incapacitadas, tanto la tutela, como la curatela.

#### **4.4.- La apuesta decidida de los tribunales españoles por la curatela frente a la tutela**

Se ha de reconocer que con anterioridad a la Convención, nuestro Tribunal Constitucional dictó la importantísima Sentencia 174/2.002, de 9 de octubre<sup>951</sup>, prediciendo lo que, años más tarde, exigiría la Convención. Establece el Constitucional en dicha sentencia que *“en el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el artículo 6 de la Declaración universal de 10 de diciembre de 1.948, conlleva el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE). (...) La incapacitación total sólo debe adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límite de la medida y deberá ser siempre revisable”*.

Dicho lo cual, en cuanto a la posible adaptación de la Convención a nuestro Ordenamiento a través de los artículos 199 y 200 del C.c., la Sentencia de mayor importancia es, sin ninguna duda, la de 29 de abril de 2.009, considerada por todos los autores como el ejemplo más importante de la compatibilidad existente entre el espíritu de la Convención y nuestro actual procedimiento de incapacitación, ya que éste, reiteramos, conlleva una serie de medidas de protección a favor de las personas con discapacidad que lo hacen compatible con lo exigido en la norma internacional.

La importancia de la Sentencia radica, en nuestra opinión, en dos aspectos concretos:

1.- Por un lado, porque en el escrito del Ministerio Fiscal se expresa, por primera vez, la visión sobre la curatela como medio idóneo para adaptar el artículo 12 de la Convención a nuestro Ordenamiento, al indicar que *“la curatela, reinterpretada a la luz de la Convención, desde el modelo de apoyo y asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, parecen la respuesta más idónea. De un lado porque ofrece al juez, el mecanismo más eficaz para determinar las medidas de apoyo para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar. De otro, porque*

---

<sup>951</sup> RTC 2002, 174.

*la curatela ofrece un marco graduable y abierto, en función de las necesidades y las circunstancias de apoyo en la toma de decisiones”.*

Si bien acto seguido expresaba el propio escrito del Ministerio Fiscal que *“desde el contenido de la Convención y la inclusión plena de la discapacidad en el discurso de los derechos humanos, la eliminación de esas instituciones y la adopción de un nuevo sistema de apoyo, requerirá necesariamente de una profunda, sino nueva, reforma legislativa, y por ello consideramos necesario, que por parte de la Sala, pueda marcarse el camino interpretativo de los aspectos fundamentales de su aplicación”.*

2.- Y es, precisamente, el posicionamiento del Tribunal Supremo al respecto el segundo motivo que, bajo nuestro punto de vista, otorgan una importancia sin igual a la Sentencia que venimos comentando, ya que a la solicitud del Ministerio Fiscal de entender nuestro procedimiento de incapacitación contrario a la normativa de la Convención, respondió nuestro Alto Tribunal estableciendo que *“el sistema de protección establecido en el Código civil sigue vigente aunque con la lectura que se propone:*

*1º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 del C.c.*

*2º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada”.*

Sin embargo, en nuestra opinión, la referida Sentencia podrá ser considerada como ejemplo de compatibilidad entre nuestro Ordenamiento jurídico y la Convención, pero nunca, como ejemplo de adaptación del artículo 12 de la norma internacional. Nos explicamos. Mediante dicho pronunciamiento, el Tribunal Supremo, desoyendo los argumentos (en nuestra opinión, correctos) del Ministerio Fiscal sobre la conveniencia de decantarse por la curatela frente a la tutela, declaró igualmente incapaz en modo absoluto y permanente para regir su persona y sus bienes a una persona de la que el juez de Primera Instancia, tras su inspección personal, consideró: *“se trata de una persona de avanzada edad, afectada por una enfermedad visible de Parkinson, que se orienta*

*bien en el tiempo y en el espacio, conoce sus circunstancias personales, a su familia y a su entorno, pudiendo afirmar que puede realizar actos propios de la vida cotidiana, no así complejos como sería la administración de sus bienes”.*

¿De verdad una persona en esa situación necesitaba ser incapacitada totalmente apartándola de la vida civil, y nombrándole un tutor que decida por ella en todos los ámbitos de su vida?

A todo esto hay que sumarle el contenido del informe del médico forense que actuó en primera instancia, el cual reflejó que *“aunque los diagnósticos de las enfermedades que padece no son incapacitantes por sí mismos...ante la complejidad de sus bienes, y ante la situación socio-familiar, podría llevarle a sufrir engaños por terceras personas...”*.

Es decir, que el médico forense entendía que los diagnósticos de las enfermedades que padecía la señora no eran incapacitantes por sí mismos, pero que sí podía sufrir engaños por terceras personas.

Entonces, ¿no parece que lo lógico hubiese sido designarle un curador que le apoyase en sus actos patrimoniales para evitar cualquier engaño de terceras personas, conservando, entonces, la persona incapacitada plenamente su capacidad de obrar para el resto de actividades de su vida cotidiana?

Así, al menos, lo consideramos nosotros, por ser éste, precisamente, el espíritu de la Convención en cuanto al ejercicio de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad, y de ahí que afirmemos que dicha Sentencia no puede ser jamás contemplada como ejemplo de la posible adaptación del artículo 12 de la Convención a nuestro Ordenamiento a través del actual procedimiento de incapacitación.

Poco después de la sentencia que acabamos de comentar, y visto que los argumentos esgrimidos, entonces, por el Ministerio Fiscal no fueron tenidos en cuenta por el Tribunal Supremo, la Fiscalía General del Estado elabora la Instrucción 3/2.010<sup>952</sup>, la cual, en nuestra opinión, es uno de los principales motivos por los que nuestro Alto Tribunal (y, por ende, ya todas las Audiencias Provinciales y Juzgados de Primera Instancia), se posiciona, radicalmente, a favor de la curatela como institución de guarda preferida a favor de las personas que necesiten protección o asistencia, relegando a la tutela, en la actualidad, a un carácter meramente residual. Pero, vayamos por partes.

---

<sup>952</sup> Instrucción FGE 3/2.010, de 29 de noviembre de 2.010.

La importancia de la Instrucción 3/2.010 de la Fiscalía General del Estado se refleja ya desde su propio título: *“Sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas”*.

Recoge la Instrucción en su epígrafe tercero, titulado *“la curatela como institución más acorde con el sistema de apoyo y asistencia en la toma de decisiones de las personas con discapacidad”*, las siguientes afirmaciones:

*“El nuevo modelo supone que las medidas de apoyo se deben acordar por el órgano judicial en atención a las circunstancias y necesidades concretas de la persona afectada. Así, el Juez, dando prevalencia a la autonomía de su voluntad, debe establecer las medidas de apoyo que resulten indicadas conforme al interés de la persona con discapacidad.*

*El cambio de modelo planteado y el consecuente reemplazo de la actual regulación sobre la capacidad de las personas por otro sistema basado en el apoyo en la toma de decisiones, requerirá de cambios graduales e incluso la coexistencia de ambos, situaciones que deberán interpretarse en cada supuesto a la luz de los principios de la Convención, hasta que nuevas soluciones normativas y sociales den cumplimiento en su totalidad a los fines de aquella norma internacional.*

*Mientras tanto, la curatela interpretada a la luz de la Convención, adaptada al principio del superior interés de las personas con discapacidad, constituye el instrumento actual más idóneo para dotar del apoyo y asistencia precisos para complementar las necesidades de aquéllas.*

*La curatela ofrece al juez un mecanismo eficaz para determinar las medidas de apoyo que permitan a las personas con discapacidad ejercer su capacidad jurídica. Esta institución está constituida por un marco graduable y abierto de posibilidades, en función de las necesidades y circunstancias precisas para la toma de decisiones. Ya no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta.*

*El curador no supe la voluntad de la persona afectada, sino que complementa sus limitaciones en aquellos actos que haya de realizar la persona cuya capacidad queda modificada y que estén especificados en la sentencia, por lo que su función no es de representación, sino de asistencia y protección, en tanto que presta su apoyo e intervención únicamente en aquellos actos especificados en la sentencia”*.

Y, finalmente, en su Conclusión Tercera, acaba exponiendo la Instrucción 3/2.010 que: *“La curatela constituye en la actualidad un instrumento adecuado para dar las respuestas exigidas por la Convención a las situaciones de modificación de la capacidad de la persona, toda vez que el curador no supe la voluntad de la persona con discapacidad, sino que complementa sus limitaciones en aquellos actos que haya de realizar la persona cuya capacidad queda modificada y estén especificados en la sentencia, en la cual, incluso, se puede conferir al curador funciones de administración ordinaria de determinados aspectos del patrimonio de la persona asistida, manteniendo, no obstante, sus facultades para ejecutar los demás actos de esta naturaleza por ella misma”*.

La postura adoptada por la Fiscalía General del Estado en la Instrucción que acabamos de mencionar fue la seguida por nuestro Tribunal Supremo desde entonces, como se refleja en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2.012<sup>953</sup>, en la que se desestima el recurso de casación formulado por el demandado y se mantiene la curatela como complemento de la persona con discapacidad.

Aunque aún más importante (debido a su interés casacional) es la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2.013<sup>954</sup>, en la que se estima el recurso de casación interpuesto por una persona ya por aquel entonces incapacitada, y el propio Ministerio Fiscal, en el sentido de modificar la extensión y límites de la incapacidad judicialmente declarada en la instancia, sustituyendo el nombramiento de un tutor a favor de la persona incapacitada, por el de un curador.

Concretamente, la Sentencia refleja la elección de la curatela como medio de protección ideal tanto en el ámbito patrimonial como en el personal de la persona con discapacidad (en este caso, psíquica).

Tan sólo tres meses después de la referida sentencia, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas<sup>955</sup>, aprobó el Proyecto de Observación General sobre el artículo 12 de la Convención: Igual reconocimiento ante la ley, en cuyo punto 24 expone: *“La obligación de los Estados de reemplazar los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones por otros basados en el apoyo a la*

---

<sup>953</sup> RJ 2012, 9713.

<sup>954</sup> RJ 2013, 3948.

<sup>955</sup> En su undécimo periodo de sesiones, celebrado del 30 de marzo al 11 de abril de 2.014.

*adopción de decisiones exige suprimir los primeros y elaborar distintas alternativas para los segundos. Elaborar sistemas basados en el apoyo a la adopción de decisiones y mantener paralelamente regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención”.*

Sin embargo, dicha afirmación en nada modificó la línea jurisprudencial que vienen manteniendo nuestros Tribunales al respecto, ya que compete única y exclusivamente al legislador español acometer la modificación de las instituciones de guarda vigente, siempre y cuando así lo entienda necesario.

Nuestro Tribunal Supremo sigue pronunciándose (como no puede ser de otra forma) en la misma línea, y así lo demuestra en su reciente Sentencia de 20 de octubre de 2.014<sup>956</sup>, en la cual, casando también la de la Audiencia Provincial, declaró al demandante parcialmente incapaz alegando que, pese a tener una deficiencia visual y una inteligencia denominada “borderline”, no tiene totalmente anulada su capacidad, por lo que sólo precisa un apoyo para la toma de decisiones, rechazando, con ello, la medida de rehabilitación de la patria potestad establecida por la Sentencia recurrida en casación.

Las Sentencias del Tribunal Supremo que hemos venido mencionando a lo largo del presente apartado han fijado la línea a seguir por el resto de tribunales, como lo acredita el hecho de que, hasta el momento, se hayan dictado más de trescientas sentencias de Audiencias Provinciales<sup>957</sup> en términos casi idénticos a los del Supremo, en el sentido de establecer un curador como medio de protección idóneo a favor de la persona con discapacidad, en vez de un tutor, tal y como se venía adoptando, hasta entonces, como ya hemos dicho, casi por defecto.

En la gran mayoría de dichas sentencias sucede que en Primera Instancia se establece un tutor a favor de la persona con discapacidad, siendo, sin embargo, revocada esta decisión por la Audiencia al considerarse que, en base al espíritu de la Convención y al

---

<sup>956</sup> RJ 2014, 5610.

<sup>957</sup> Entre otras, las Sentencias de AP de Pontevedra, núm. 362/2.014, de 6 noviembre (RJ 2015\56971); SAP de Barcelona, núm. 770/2.014, de 19 de noviembre (RJ 2015\42854); SAP de A Coruña, núm. 406/2.014, de 25 noviembre (RJ 2015\47013); SAP de Barcelona, núm. 794/2.014, de 2 diciembre (RJ 2015\65344); SAP de Asturias, núm. 321/2.014, de 9 diciembre (RJ 2015\51974); SAP de León, núm. 272/2.014, de 15 de diciembre (RJ 2015\49567); SAP de Barcelona, núm. 851/2.014, de 17 diciembre (RJ 2015\63939); SAP de Barcelona, núm. 860/2.014, de 18 diciembre (RJ 2015\63695); SAP de Barcelona, núm. 863/2.014, de 18 diciembre (JUR 2015\76338); SAP de Tarragona, núm. 2/2.015, de 2 de enero (RJ 2015\79509); SAP de Asturias, núm. 20/2.015, de 22 enero (RJ 2015\67122); SAP de Huesca, núm. 8/2.015, de 29 enero (RJ 2015\71458).

posicionamiento del Supremo al respecto, el medio ideal de protección para la persona con discapacidad era el nombramiento de un curador, y no el de un tutor.

Así, por ejemplo, se recoge en la Sentencia de la Audiencia Provincial (en adelante, AP) de Barcelona de 29 de octubre de 2.014<sup>958</sup>, en la cual se revoca una sentencia de primera instancia en la que se había establecido un tutor para proteger a una persona con trastorno mental por consumo de alcohol y rasgos inmaduros de personalidad, para acabar nombrándole un tutor, que *“la curatela de los incapacitados se concibe en términos más flexibles, para incapacitaciones parciales, en las que la sentencia gradúa el alcance de la incapacidad, y consecuentemente determina la competencia del órgano tutelar; no se circunscribe expresamente la curatela a la asistencia en la esfera patrimonial, por lo que podría atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como pudiera ser la supervisión del sometimiento del incapaz a un tratamiento médico, muy adecuado cuando carece de conciencia de enfermedad; de modo que el curador no suple la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia, los que no tienen que ser específicamente de naturaleza patrimonial (si la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan autorización judicial)”*.

También la Sentencia de 13 noviembre de 2.014<sup>959</sup> de la Audiencia Provincial de Valencia manifiesta que *“la curatela es la institución que procede establecer en el presente caso de incapacitación parcial y graduación en sentencia del alcance de la incapacidad, lo que, consecuentemente, determina sus competencias. La curatela no se limita a la esfera patrimonial pues por la vía de lo dispuesto en el art. 289 C.c. (‘tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido’) se puede atribuir al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como la supervisión del sometimiento del incapaz al tratamiento médico, dado que carece de conciencia de enfermedad, y a la atención alimentaria y personal del mismo. A esta idea responde la jurisprudencia del TS, ‘el*

---

<sup>958</sup> JUR 2015, 42135.

<sup>959</sup> JUR 2015, 72846.

*curador no suple la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia, los que no tienen que ser específicamente de naturaleza patrimonial”.*

Por último, la Sentencia de la AP de Álava de 4 de diciembre de 2.014<sup>960</sup>, expone que *“frente a la sentencia recurrida, que declara la discapacidad de la apelante disponiendo el nombramiento de tutor, se alza la afectada considerando que la prueba no lo justifica, entendiéndose más acorde a sus circunstancias la adopción de un régimen de curatela. (...). En este caso la prueba evidencia que la situación de la Sra. Virginia no obliga a constituir tutela. Todos los testimonios coinciden en que para los actos de su vida cotidiana puede valerse por sí misma, aunque necesite alguna supervisión. (...). Por todo ello la prueba practicada en la vista permite llegar a la conclusión de que efectivamente se debe declarar una discapacidad parcial, conforme al art. 287 C.c., limitada a las cuestiones de índole económica que excedan de los gastos de bolsillo, así como para asegurar el sometimiento al tratamiento médico, manteniéndose el pronunciamiento de la sentencia de instancia respecto de la persona del curador, que será la Fundación Tutelar Beroa...”.*

#### **4.5.- La protección de los tutelados, y no de los curatelados, como verdadera finalidad del legislador de la LPPD**

La idea de hacer hincapié en la preferencia de nuestros Tribunales de otorgarle carácter residual a la tutela frente a la curatela tras la exigencia por parte de la Convención de implementar su artículo 12, no es otra que poder afirmar, con rotundidad, llegado este momento, la siguiente conclusión: la sustitución fideicomisaria especial podrá recaer a favor de cualquier hijo o descendiente al que se le haya designado un curador, ya sea para apoyarle en su ámbito personal o en el patrimonial, al reunir éste la condición de incapacitado exigida en la LPPD para ser beneficiario de la institución especial.

---

<sup>960</sup> JUR 2015, 62059.

A dicha afirmación hay que sumarle, tras lo expuesto hasta el momento en el presente epígrafe, que tras la entrada en vigor de la Convención en nuestro Ordenamiento jurídico, la curatela tiene carácter preferencial frente a la tutela como institución de guarda que los Tribunales han de adoptar como institución de guarda a favor de las personas necesitadas de protección.

De ahí que resulte necesario resaltar, dado la importancia de dicha situación, que en los próximos años existirán más sustituciones fideicomisarias especiales constituidas a favor de personas curateladas que a favor de personas tuteladas, con las consecuencias jurídicas que ello supone.

La primera duda que nos asalta es: ¿realmente la voluntad del legislador de la LPPD fue la de permitir que el tercio de legítima estricta de los legitimarios quedase gravado a favor de un hijo o descendiente del testador cuya institución de guarda en la sentencia de incapacitación fuese la curatela?

O, planteado de otra manera, ¿tendría sentido que cualquier persona incapacitada a la que se le haya nombrado un curador para que reciba apoyo en ciertos ámbitos de su vida, pueda verse favorecida con una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta del resto de legitimarios?

De afirmar tal posibilidad se permitiría, por ejemplo, que el tercio de legítima estricta fuera a parar, en forma de sustitución fideicomisaria, a favor de una persona que necesite apoyo del curador a la hora de controlarse la medicación, o a favor de otra que debido a su alcoholismo le haya sido nombrado un curador para sus actos de disposición patrimonial. ¿Era esta la verdadera intención del legislador español de 2.003?

Por nuestra parte, entendemos que en la *mens legislatoris* no se contemplaba la posibilidad de que la figura especial fuera a parar al curatelado, sino que, única y exclusivamente, se pretendía proteger con ella a las personas cuyo grado de enfermedad o deficiencia conllevase el nombramiento de un tutor a su favor. De ahí que consideremos casi injustificable el error del legislador del año 2.003 de no especificar que dentro de las personas incapacitadas, únicamente podrían beneficiarse de dicha medida los tutelados.

O dicho de otra forma, la falta de previsibilidad del legislador de la LPPD a la hora de no diferenciar entre incapacitados curatelados e incapacitados tutelados como posibles

beneficiarios de la sustitución fideicomisaria especial, ha supuesto que, hoy en día, se pueda constituir la figura especial a favor de los curatelados, sin ser ésta la voluntad real del legislador de la LPPD.

Los motivos en los que nos basamos a la hora de afirmar que la intención del legislador del año 2.003 fue la de proteger exclusivamente al tutelado, y no al curatelado, son los siguientes:

1.- Como expusimos con anterioridad, en 2.003 en nuestro Ordenamiento jurídico hablar de incapacitación suponía hablar de nombramiento de un tutor a favor de la persona necesitada de protección, ya que era la tutela la que tenía carácter preferente sobre la curatela, quedando esta segunda institución totalmente en desuso.

No ha sido hasta la apuesta firme de la Convención de equiparar completamente la capacidad jurídica de las personas con discapacidad con el resto de personas, cuando verdaderamente se ha empezado a usar la curatela por nuestros Tribunales. Tanto es así, que, incluso, han tenido que pasar varios años desde la aprobación de la Convención por España, para que la curatela adquiriese en España carácter preferencial frente a la tutela, ya que no es hasta la Sentencia de 24 de junio de 2.013 (como acabamos de exponer), cuando nuestro Alto Tribunal decide reconocer la necesidad de fijar la curatela como medio idóneo de adaptación del artículo 12 de la Convención a nuestro sistema.

Ni siquiera la importantísima Sentencia de 29 de abril de 2009, que promulgó la perfecta compatibilidad de nuestro procedimiento de incapacitación con lo exigido en la Convención, reparó en establecer como medio de protección a favor de la señora en cuestión la figura de la curatela, sino que continuó apostando (como ya hizo el Juez de Primera Instancia, y la Audiencia Provincial) por el nombramiento de un tutor que le sustituyese en todas sus decisiones a favor de la persona necesitada de protección.

Por todo esto, el primero de nuestros argumentos a favor de la teoría que defendemos es que el legislador de la LPPD, cuando exige como requisito para ser beneficiarios de la sustitución fideicomisaria especial la incapacitación de la persona, lo hace pensando en la incapacitación que “casi por defecto” se producía en 2.003, es decir, aquellas en las que casi siempre, por no decir siempre, se acababa designando un tutor que represente al enfermo en todos los ámbitos de su vida. De ahí que podamos afirmar que en 2.003, hablar de incapacitación era hablar de tutela.

2.- La propia LPPD excluía como posibles beneficiarios de la figura principal introducida por la ley (el patrimonio protegido), a aquellas personas con discapacidad que tuviesen la capacidad de obrar suficiente, cuando en el párrafo tercero de su Exposición de Motivos recoge: *“Sin embargo, cuando la personas con discapacidad tenga capacidad de obrar suficiente, no se podrá constituir un patrimonio protegido en su beneficio”*.

Entonces, si la intención del legislador era que aquella persona con discapacidad con capacidad de obrar suficiente quedase excluido de la protección que otorga el patrimonio protegido, ¿cómo va a querer, que el curatelado (persona con discapacidad con capacidad de obrar suficiente, aunque en ciertos aspectos necesite apoyo del curador) pueda beneficiarse de la sustitución fideicomisaria especial, figura que como venimos exponiendo, tendrá un alcance y consecuencias jurídicas mucho mayores que el patrimonio protegido?

O dicho de forma más sencilla, si el legislador no pretendía beneficiar a este tipo de personas con la posibilidad de que se constituyese a su favor un patrimonio protegido, mucho menos sería su voluntad que pudiese constituirse a su favor la sustitución fideicomisaria especial, y más con el gravamen que ello supone para el resto de legitimarios.

3.- El carácter restrictivo del alcance de la institución especial fijado por el legislador desde el principio, nos lleva a suponer que la verdadera intención del legislador era la de proteger mediante la institución especial a los tutelados, y no a los curatelados.

El carácter restrictivo del legislador de la LPPD al que hacemos referencia se acredita con la decisión de éste de establecer como únicos posibles beneficiarios a los hijos o descendientes incapacitados del testador, excluyendo con ello a los padres, ascendientes y cónyuges del causante aún estando igualmente incapacitados, lo cual choca con la lógica, ya que debido a la edad de estos últimos, es mucho más frecuente ver a un padre, ascendiente que haya sido incapacitado judicialmente (debido a enfermedades degenerativas, etc.), que a un hijo o descendiente.

Sin embargo mucho más evidente es la intención restrictiva del legislador del 2.003 cuando prohíbe como posibles beneficiarios a los cónyuges incapacitados supérstites como posibles fiduciarios de la institución especial, y es que, tal y como expusimos con

anterioridad, los notarios españoles coinciden en que el deseo de la mayoría de los testadores es favorecer en lo máximo posible a los cónyuges supervivientes, y más aún cuando estén incapacitados, pero, sin embargo, no podrán hacerlo, ya que única y exclusivamente la sustitución fideicomisaria especial podrá otorgarse a favor de hijos o descendientes judicialmente incapacitados.

Por todo ello, y debido a la intención del legislador español de limitar el uso de la figura especial a los márgenes más estrechos posibles, es decir, a los hijos o descendientes que estén incapacitados judicialmente, consideramos que la verdadera intención de éste era la de favorecer a los hijos o descendientes tutelados, y no a favor de los curatelados.

#### **4.6.- Necesidad de excluir como posibles beneficiarios de la institución especial a los curatelados**

Cuando nos referimos a las personas curateladas, hacemos referencia a personas que, aun necesitando el apoyo o complemento del curador en ciertos actos de su vida fijados en la sentencia de incapacitación, no sufren una enfermedad o discapacidad de tal envergadura como para ser tutelados, sino que, únicamente, son incapacitados de forma “parcial”.

Destacamos, en este sentido, la anteriormente referida Sentencia de 29 de octubre de 2014<sup>961</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona en la que el Tribunal llega a la conclusión, en su Fundamento de Derecho Tercero, de que *“la problemática que se plantea es más asistencial que de limitación de la capacidad de obrar, es más social que jurídica. No se ha definido ninguna enfermedad mental o patología psiquiátrica, sino solo trastornos adaptativos. En ningún caso parece jurídicamente adecuado, como hace la sentencia de instancia, establecer una incapacidad total de la que se excluyen determinados ámbitos, sino que la declaración de discapacidad debe concretar los ámbitos afectados en los que es precisa la asistencia de un tercero. Más que una incapacitación total para gobernar su persona y para administrar y disponer de sus bienes lo que procede es declarar los ámbitos de discapacidad en los que la demandada no puede actuar jurídicamente sin sufrir un perjuicio”*.

---

<sup>961</sup> JUR 2015, 42135.

En este supuesto se juzga una persona a la que, según la Audiencia, no se le ha detectado ninguna enfermedad mental o patología psiquiátrica, sino únicamente trastornos adaptativos, y, aun así, se le nombra un curador para que le apoya a la hora de realizar actos de disposición patrimonial o gravamen *inter vivos* sobre sus bienes inmuebles, y para que otorgue poderes a favor de terceros, e, igualmente, será función del curador representar al curatelado frente a las Administraciones sanitarias y sociales para la búsqueda de recursos adecuados que aseguren su bienestar.

O también podemos destacar en este sentido la Sentencia de 19 de junio de 2015<sup>962</sup>, en la que la Audiencia Provincial de Lugo ratificó el razonamiento del juez de primera instancia, asumido también por el Ministerio Fiscal, en el sentido de que *“ha de acordarse la incapacidad parcial del recurrente en los términos fijados por la sentencia recurrida nombrándole un curador para completar su capacidad en aras a garantizar que siga el tratamiento médico conforme indique el profesional que le asista por considerar que con los efectos o medidas indicadas se atienden las necesidades de protección del demandado, quien manteniendo su personalidad, requiere un complemento de su capacidad precisamente para protegerlo”*.

Es decir, hablamos de una persona que, aun necesitando un complemento en su capacidad para que siga el tratamiento médico, mantiene su personalidad tal y como reconoce la propia Audiencia Provincial.

Pero yendo más allá, hemos de exponer que en varias de las sentencias mencionadas en el presente trabajo se nombraban curadores a favor de personas que, por ejemplo, tenían un buen trabajo y un capital importante, pero, debido a cierta enfermedad, su patrimonio estaba en riesgo (pródigos); o, incluso, personas que debido al grado de sus enfermedades psíquicas (alcoholismo, esquizofrenia leve, etc.), con la medicación adecuada podrían llevar una vida normal.

¿Realmente puede pensarse que la intención del legislador de la LPPD en cuanto al uso de la institución especial era la de proteger a personas que sufran enfermedades de este tipo? ¿De verdad puede entenderse que la voluntad del legislador del 2003 fue la de que este tipo de personas pudiera beneficiarse de la figura especial, si ni siquiera podría establecerse a su favor un patrimonio protegido? ¿Sería justo para el resto de

---

<sup>962</sup> JUR 2015, 175036.

legitimarios verse privados de lo que le correspondiese por legítima estricta, porque el testador ha decidido favorecer a personas que sufren este tipo de enfermedades que únicamente les “incapacitan” parcialmente?

Nosotros consideramos que aunque, en la actualidad, es perfectamente posible beneficiar a un hijo curatelado mediante la figura especial que venimos estudiando, en un futuro cercano la sustitución fideicomisaria especial sufrirá una reforma (a la que dedicaremos uno de los siguientes apartados) que imposibilitará tal situación.

Y es que, la Convención de la ONU aboga por la igualdad, a todos los efectos y en todos los ámbitos, en cuanto a la capacidad jurídica de cualquier persona, indistintamente sufra o no discapacidad.

Por ello, creemos que no se deberían considerar beneficiarios de una figura “especial”, como es la sustitución fideicomisaria introducida por la LPPD, a aquéllos que necesiten algún tipo de apoyo o asistencia para ciertas actividades concretas, ya que, como reconoce y exige la propia Convención, éstos tienen la misma capacidad jurídica que el resto de coherederos forzosos.

Dicho lo cual, es importante resaltar que no somos los únicos en considerar necesario la exclusión como posibles beneficiarios de la sustitución fideicomisaria especial a los curatelados. En la misma línea se expresan autores como, por ejemplo, la autora MARTÍN MELÉNDEZ<sup>963</sup> cuando indica: *“Lo mismo cabe decir en cuanto al tipo de incapacitación requerida: se trata igual al sometido a tutela que al sujeto a curatela, y dentro de cada uno de esos dos casos, tampoco se exige ninguna situación de especial gravedad o necesidad en el incapacitado. Esto es importante porque creemos que debería haberse distinguido entre esas dos situaciones y, quizá, haber limitado la facultad de gravar la legítima, al supuesto en que el hijo o descendiente incapacitado al que se pretenda favorecer estuviera sometido a tutela”*.

PUIG FERRIOL<sup>964</sup> también pone en cuestión la constitución de la sustitución fideicomisaria especial en los casos de curatela, ya que dicha institución presupone la actuación del propio incapacitado con la asistencia del curador.

---

<sup>963</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, *Op. cit.*, pág. 154.

<sup>964</sup> PUIG FERRIOL, “Protección del...”, *cit.*, pág. 295.

Por su parte, NANCLARES VALLE<sup>965</sup> entiende, igualmente, que “*sería paradójico admitir una sustitución fideicomisaria a favor de una persona con una incapacitación parcial o atenuada, a la que se somete tan sólo a curatela y que puede actuar sobre su esfera jurídica con casi absoluta normalidad, y negársela a una persona con una discapacidad motora severa (parapléjico o tetrapléjico) pero que, por conservar la lucidez necesaria, no es susceptible de ser incapacitada*”.

Respecto al planteamiento de este último autor, discrepamos de él cuando afirma que las personas con discapacidad física o motora severa no podrán ser beneficiarias de la figura especial que venimos estudiando, por no poder ser incapacitadas. Pero, ¿por qué no van a poder ser incapacitadas estas personas?

Por nuestra parte, consideramos que una persona con una discapacidad motora severa (parapléjico o tetrapléjico) sí podrá ver nombrado a su favor un curador (nunca un tutor, lo cual iría contra el espíritu de la Convención), para que le asista o apoye en actividades relacionadas con el manejo de sus medicamentos prescritos, o con la ayuda de su enfermedad y autocuidado; o desde el punto de vista patrimonial, para que administre, gestione y disponga de los bienes de la persona en cuestión. Incluso, también podría quedar el curador encargado de controlar y fiscalizar todos los gastos del curatelado, completando, con ello, su capacidad física, por ser cierto que, debido a su enfermedad, la persona se vería imposibilitada de realizar todos estos tipos de actos.

Incluso, puede darse el caso de que sea la propia persona con discapacidad la que promueva su incapacitación<sup>966</sup> a través de la autotutela (figura introducida igualmente por la LPPD), eligiendo en la demanda de incapacitación quién quiere que sea el curador que le apoye o asista en todo este tipo de actividades, decisión que vinculará al juez ya que como expusimos con anterioridad, éste deberá atender el siguiente orden de preferencia a la hora de instituir un tutor o curador: 1.- Al designado por el propio tutelado. 2.- Al cónyuge que conviva con el tutelado. 3.- A los padres. 4.- A la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad. 5.- Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez.

¿Cuál sería la sentencia de un procedimiento de incapacitación en el que el presunto incapaz solicita el nombramiento de un curador, para que le atienda en ciertos aspectos

---

<sup>965</sup> NANCLARES VALLE, “La sustitución...”, cit., pág. 135.

<sup>966</sup> Tal y como le permite el artículo 757 de la LEC.

personales y patrimoniales de su vida en los que necesita apoyo debido a su enfermedad física o motora, o, incluso, degenerativa? Parece lógico que en tal supuesto el juez acabaría dictando la correspondiente sentencia de incapacitación solicitada por la persona con discapacidad física.

Por nuestra parte, y aun siendo conscientes de que la siguiente afirmación se contradice con lo que venimos argumentando en cuanto a que los incapacitados curatelados no deberían ser beneficiarios de la sustitución fideicomisaria especial, entendemos dentro de las personas curateladas, existe un tipo de personas que debido a la gravedad de su enfermedad física, motora o degenerativa, sí deberían, en cambio, ser beneficiarias de la figura especial, por serle prácticamente imposible tener acceso a medios económicos suficientes para atender sus necesidades vitales, o dicho de otro forma, por no poder valerse físicamente por ellos mismos.

En nuestra opinión, existe un tipo de personas que mejor que nadie representa el colectivo al que el legislador de 2.003 quiso beneficiar mediante una figura del calado jurídico de la sustitución fideicomisaria especial. Nos referimos a las personas aquejadas por una gran dependencia.

Tres años después de la publicación de la LPPD, vio la luz la Ley 39/2.006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, la cual clasifica en tres grados la situación de dependencia de las personas, siendo el mayor de los grados el tercero, conocido como el de la gran dependencia, comprendiendo a *“la persona que necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal”*.

Al mismo tiempo, la propia Ley 39/2.006 define la dependencia 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 la 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”*; y las Actividades Básicas de la Vida Diaria las

presenta como *“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”*.

Tras lo expuesto, parece obligado cuestionarse, ¿acaso no parece más lógico que una persona aquejada de una gran dependencia tenga más derecho a verse favorecido por la sustitución fideicomisaria especial, que otra que ha sido incapacitada parcialmente y le ha sido nombrado un curador para todos aquellos actos de disposición de sus bienes?

En nuestra opinión sí, y seguramente de no haber sido posterior la Ley 39/2.006 a la LPPD, otra redacción hubiese tenido el artículo dedicado a los beneficiarios de la sustitución fideicomisaria especial, aunque tal vez dicha afirmación sea demasiado optimista viendo la deficiente redacción técnico-jurídica dada a la LPPD.

Concluimos el presente apartado abogando por una nueva interpretación de la materia en la futura reforma que sufrirá el C.c. al efecto, la cual consideramos, sería mucho más eficaz diferenciando simplemente entre personas tuteladas y curateladas en el nuevo procedimiento de modificación de la capacidad, y, por el otro, estableciendo que la sustitución fideicomisaria especial, únicamente, podrá beneficiar a aquellas personas a las que se le haya nombrado un tutor judicialmente (nunca un curador), o tengan reconocido administrativamente el grado de gran dependencia.

El legislador español podría tomar como referencia a la hora de regular el nuevo alcance de la institución especial, la regulación dada en 1.975 a la sustitución fideicomisaria en Italia, donde se fija su alcance exclusivamente a favor de los tutelados y nunca de los curatelados, entre los que se encuentran precisamente, entre otros, las personas que por prodigalidad o por uso habitual de bebidas alcohólicas o de estupefacientes, se expongan a ellos mismos, o a su familia, a graves perjuicios económicos.

Es decir, que en Italia este tipo de personas no pueden ser beneficiarios de la sustitución fideicomisaria, y en España sí.

#### **4.7.- El fin de los términos “incapacitación” y “persona incapacitada”: ¿a quién protegerá entonces la sustitución fideicomisaria especial?**

La necesidad de fijar otro título para el procedimiento de incapacitación existente en nuestro C.c., es, a día de hoy, una realidad que ha de afrontar el legislador, ya que entendemos que el título “procedimiento de incapacitación”, no ayuda a superar el estigma que supone la incapacitación de una persona en nuestra sociedad.

Por ello, entendemos oportuno y necesario otorgar un nuevo título mediante el cual, se anuncie a la sociedad que la finalidad del procedimiento es, exclusivamente, la de otorgar protección o apoyo a las personas que lo necesiten.

En dicho sentido, la primera ley que cambió el título del procedimiento de incapacitación fue la ya mencionada Ley 1/2.009, de 25 de marzo, de modificación de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957, aunque lo cierto es que se podría decir que fue una modificación “a medias”, ya que en su contenido aparecen indistintamente los términos “persona incapacitada” o “personas necesitadas de protección”, así como “procedimiento de incapacitación” o “procedimiento de modificación de la capacidad de obrar”.

Dos años después, se promulgó la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, la cual hace referencia, exclusivamente, a la “modificación judicial de la capacidad”<sup>967</sup>, y a “persona con capacidad modificada judicialmente”<sup>968</sup>, llegando, por tanto, a ser la primera que se deshace, por completo, del uso de los términos “procedimiento de incapacitación” y “personas incapacitadas”, si bien, lo cierto es que dicha ley no entrará en vigor hasta el 30 de junio de 2017.

En cambio, sí que está ya en vigor la Ley Orgánica 2015, de 30 de marzo, mediante la cual se modifica el C.P. Esta ley recoge en el apartado XXVII de su Exposición de Motivos que “*las personas con discapacidad deben ser objeto de una protección penal reforzada en atención a su especial vulnerabilidad. Las normas del Código Penal que*

---

<sup>967</sup> El artículo 72 de la Ley 20/2011 se titula: *Modificación judicial de la capacidad y declaración del concurso de persona física*, y regula en su punto 1 que “*la declaración judicial de modificación de la capacidad, así como la resolución que la deje sin efecto o la modifique, se inscribirán en el registro individual del afectado. La inscripción de la modificación judicial de la capacidad expresará la extensión y límites de ésta, así como si la persona queda sujeta a tutela o curatela según la resolución judicial*”.

<sup>968</sup> Por su parte, el artículo 73, titulado: *Inscripción de tutela, curatela y sus modificaciones*, establece en su punto 1 que: “*Se inscribirán en el registro individual de la persona con capacidad modificada judicialmente las resoluciones judiciales en las que se nombre tutor o curador*”.

*sirven a este fin deben ser adecuadas a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que pretende prevenir las conductas discriminatorias que puedan impedirles el disfrute de sus derechos en igualdad de condiciones....”.*

A partir de entonces, en el ámbito penal las personas incapacitadas pasan a ser denominadas como *“personas con discapacidad necesitada de una especial protección”*, mientras que el procedimiento que sirve de cauce para dotar a estas personas de los medios de protección adecuados deja de llamarse procedimiento de incapacitación, para denominarse *“procedimiento de modificación de la capacidad”*<sup>969</sup>.

El artículo 25 del C.P. establecía con anterioridad a la Ley Orgánica 2015, de 30 de marzo, que *“a los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma”*, es decir, se basaba en la definición dada por el C.c. a las personas incapacitadas. Sin embargo, en la actualidad, nuestro C.P. ya no tiene en cuenta el contenido del C.c. a la hora de definir a las personas incapacitadas, pasando a exponer el nuevo artículo 25 que *“a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente”*.

No obstante, no ha sido la reforma del C.P. la última en este sentido en nuestro Ordenamiento jurídico, sino que posteriormente se promulgó la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, la cual alude, en su capítulo IV, al procedimiento de la incapacitación como *“proceso judicial para modificar la capacidad de una persona”*, y a la persona incapacitada como *“persona con capacidad modificada judicialmente”*.  
¿Será ésta la definición definitiva?

---

<sup>969</sup> No sólo se aprecia en dicho cambio terminológico en el artículo 25, sino que, así, también lo establece la Disposición adicional primera.

Todas estas normas nos sirven como indicativo de que la reforma del procedimiento de incapacitación existente todavía en nuestro C.c. para adaptarse definitivamente al espíritu de la Convención no debe demorarse mucho más en el tiempo.

Aunque lo que verdaderamente nos interesa en el presente trabajo es: ¿Cómo afectará tal reforma a la figura especial de la sustitución fideicomisaria?

En nuestra opinión, no cabe duda de que la reforma del procedimiento de incapacitación que se avecina en el C.c. supondrá importantes modificaciones en la sustitución fideicomisaria especial. De hecho, entendemos que, dada su importancia jurídica y su escasa regulación actual, lo que realmente procede es una nueva regulación de la institución especial que disipe la gran cantidad de dudas planteadas a lo largo del presente capítulo.

De ahí que, en consonancia con todo lo que venimos argumentando y defendiendo en estas páginas, y siendo conscientes de que en todas las modificaciones que proponemos existen autores que se posicionan en la corriente contraria, por nuestra parte creemos que la nueva sustitución fideicomisaria que se presente una vez modificado el actual procedimiento de incapacitación civil, sería más completa si se tuviesen en cuenta las modificaciones que creemos necesarias, que son las siguientes:

1.- Delimitar su alcance. La figura especial conlleva una serie de consecuencias jurídicas de tal importancia que exige que el legislador delimite clara y específicamente a favor de quien podrá constituirse, y más teniendo en cuenta que el término genérico “*incapitados judicialmente*” desaparecerá en el nuevo procedimiento.

En nuestra opinión, la sustitución fideicomisaria especial debería quedar limitada a las personas tuteladas y a las personas que sufran gran dependencia, si bien, en el resto de modificaciones que proponemos seguiremos haciendo referencia a las personas que pueden quedar protegidas por la institución como incapitados, por ser ésta la realidad a día de hoy.

2.- Fijar su duración. Entendemos muy conveniente que la institución especial en su regulación contemple los momentos concretos en los que habrá que producirse la delación hereditaria a favor de los fideicomisarios, que en nuestra opinión sólo pueden ser dos momentos: el fallecimiento del fiduciario incapitado, o el cese de su incapacidad mediante sentencia judicial firme.

3.- Incluir en su ámbito de protección no sólo a hijos o descendientes incapacitados judicialmente, sino también a los padres, ascendientes y cónyuges del testador, que ostenten tal condición. O, dicho de otra forma, ampliar la libertad de testar del causante a la hora de elegir a quién protege con la figura especial.

4.- Que se aclare que la sustitución fideicomisaria especial no recaerá sobre la propia legítima estricta del fiduciario protegido, sino única y exclusivamente sobre la legítima estricta del resto de herederos forzosos.

5.- En caso de concurrir varios hijos o descendientes incapacitados, el testador quedará libremente facultado para elegir a cuál de ellos beneficia, si bien, la figura especial no podrá gravar la porción de legítima estricta de los hijos o descendientes incapacitados a los que el testador no haya querido proteger con la institución especial.

6.- Igualmente, entendemos necesario que la nueva regulación de la institución establezca que la sustitución fideicomisaria especial alcanzará exclusivamente la legítima estricta, pudiendo, por tanto, disponer libremente el testador del tercio libre y del de mejora como prefiera.

7.- También deberá reflejar que, para que surta efecto la figura especial, el procedimiento de incapacitación del fiduciario debe iniciarse siempre con anterioridad a la apertura de la sucesión (muerte del testador), pudiendo producirse la sentencia declarativa de incapacitación, incluso, después del fallecimiento del testador.

8.- Consideramos que también debería establecer que el fiduciario incapacitado puede disponer de los bienes fideicomitados por necesidades vitales siempre con la autorización judicial, excluyendo, de forma clara, la sustitución fideicomisaria especial de residuo, cosa que no se hizo en 2003.

9.- De la misma forma, deberá exigir al tutor del fiduciario incapacitado autorización judicial para comprar o adquirir cualquier cosa a favor del incapacitado, tal y como ocurre en Italia a través de su artículo 374 del Código civil, evitándose con ello la posibilidad de que la legítima del resto de herederos forzosos quede en manos del tutor del fiduciario.

Concluimos el tercer capítulo del trabajo exponiendo que, en nuestra opinión, si en la cercana regulación de la institución especial que se espera, se incluyesen las modificaciones que proponemos, se conseguirían dos cosas al mismo tiempo:

1.- Resolver todas las dudas existentes en la regulación actual de la institución, dudas que, como no, son debidas a la desastrosa redacción del legislador del 2.003,

2.- Convertir la sustitución fideicomisaria especial en una institución jurídica mucho más moderna, práctica y útil que la actual, pasando por fin con dichas modificaciones a equipararse su importancia práctica, con su importancia teórica, ya que, nos permitimos reiterar, cuando hablamos de la sustitución fideicomisaria nos dirigimos a una de las figuras jurídicas más importantes de nuestro Ordenamiento jurídico.

## CAPÍTULO IV: LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ITALIANA Y SUS DIFERENCIA CON LA FIGURA ESPECIAL ESPAÑOLA

### **I.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA EN ITALIA**

La sustitución fideicomisaria en Italia representó a lo largo de la historia un instrumento muy eficaz para mantener íntegramente el patrimonio hereditario y transmitirlo de generación en generación.

Al igual que la figura española, tiene origen en el Derecho Romano<sup>970</sup>, pero es en el Derecho intermedio, sobre todo, en el Medioevo en conexión con la economía feudal, cuando tuvo su mayor difusión, respondiendo, así, a la exigencia entonces dominante, de mantener íntegro el patrimonio familiar en cuanto a los descendientes masculinos, para conservar con todos los bienes protegidos, fuerza y prestigio político.

Sin embargo, con la unificación de Italia, mediante el CC de 1.865, inspirado en el liberalismo, se procedió a la expropiación de los bienes eclesiásticos y, en particular, de los latifundios pertenecientes a la iglesia y a los monasterios, aboliéndose y prohibiéndose, con ello, la sustitución fideicomisaria del Ordenamiento jurídico italiano.

En este sentido, imitando a lo prescrito en el artículo 896 del Código de Napoleón, el artículo 899<sup>971</sup> del CC de 1.865 que recogía que: *“Cualquier disposición a través de la cual el heredero o legatario sea gravado mediante una expresión que le obligue a conservar y restituir a favor de una tercera persona, será considerada sustitución fideicomisaria. Dicha sustitución está prohibida”*.

Es decir, que a través de dicho artículo, el CC italiano de 1.865 prohibió toda disposición con la cual el heredero o legatario fuese gravado con cualquier expresión de conservar y restituir a una tercera persona, intentándose, con ello, evitar cualquier

---

<sup>970</sup>Por tanto, los antecedentes del Derecho romano estudiados en el Capítulo I para la figura española, son también de aplicación a la italiana.

<sup>971</sup> Recogía el artículo 899 del CC de 1.865 que: *“Qualunque disposizione colla quale l'erede o il legatario é gravato con qualsivoglia espressione, di conservare e restituire ad una terza persona é sostituzione fedecommissaria. Tale sostituzione é vietata”*.

obstáculo a la libre circulación de los bienes, a la libertad de testar y al fomento de la diferencia entre los hijos.

Fue en 1.942, cuando, con la entrada en vigor del CC de dicho año (que sigue siendo el CC actual en Italia), se reintrodujo la sustitución fideicomisaria en su artículo 692, al recobrar fuerza la intención de garantizar la conservación del patrimonio familiar e impedir el despilfarro de ciertos hijos en cuanto a los bienes hereditarios.

Así lo confirma, entre otro muchos autores, PUTTI<sup>972</sup> al exponer que *“el Código de 1.865 la había prohibido sin excepciones; el legislador del 1.942 había apreciado en tal institución un instrumento idóneo de un lado para impedir los despilfarros de los hijos y darle así solidez al patrimonio familiar, de otro para darle nueva fuerza expansiva a los bienes conservativos para las generaciones futuras, todo en el nombre de la tutela de la unidad familiar como centro de intereses económicos”*; o también VANNI<sup>973</sup>, que indica que *“la institución de la sustitución fideicomisaria fue del todo prohibido por el código de 1.865 y en cambio admitido por el código de 1.942, aunque en límites reducidos, como instrumento idóneo para impedir la dilapidación del patrimonio por los hijos y asegurar la subsistencia de los bienes a las futuras generaciones, salvaguardando por la unidad de la familia como centro principal de los intereses económicos”*; o, por último, TAMBURRINO<sup>974</sup>, que siempre, en la misma línea, manifiesta que *“el legislador de 1.942, en nombre de la continuidad y de la integridad del patrimonio doméstico y sobre todo en nombre de la tutela de la unidad familiar como centro de interés económico además de moral, reintrodujo el fideicomiso (llamándolo más apropiadamente <<sustitución fideicomisaria>>)”*.

---

<sup>972</sup> PUTTI, “La sostituzione fedecommissaria prima e dopo la riforma del diritto di famiglia”, en *La nuova giurisprudenza civile commentata*, Anno VI, Parte Seconda, 1.990, pág. 424: *“Il codice del 1.865 lo aveva vietato senza eccezioni; il legislatore del 1.942 aveva ravvisato in tale istituto uno strumento idoneo da un lato ad impedire gli sperperi dei figli e dare così solidità al patrimonio familiare, dall’altro a dare nuova forza espansiva ai beni conservati per le generazioni future, il tutto nel nome della tutela dell’unità familiare come centro di interessi economici”*.

<sup>973</sup> VANNI, “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*, 19, giugno 1.995, pág. 6.283: *“L’istituto della sostituzione fedecommissaria era stato del tutto vietato dal codice del 1.865 ed invece ammesso dal codice del 1.942, si apure in limiti assai circoscritti, quale strumento reputato idoneo al impedire la dilapidazione del patrimonio da parte dei figli e ad assicurare la sussistenza dei beni alle future generazioni, a salvaguardia e tutela dell’unità della famiglia quale centro principale degli interessi economici”*.

<sup>974</sup> TAMBURRINO, *Lineamenti del nuovo diritto di famiglia italiano*, Seconda Edizione, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1.978, pág. 418: *“Il legislatore del 1.942, in nome della continuità ed integrità del patrimonio domestico e soprattutto in nome della tutela dell’unità familiare come centro di interessi economici oltre che morali, reintrodusse il fedecommissario (chiamandola più propriamente <<sostituzione fedecommissaria>>)”*.

Disponía el artículo 692<sup>975</sup> del CC italiano en su redacción originaria dada en 1.942, que *“es válida la disposición con la que el testador impone al propio hijo la obligación de conservar y restituir a su muerte en todo o en parte los bienes que constituyen la cuota disponible a favor de todos los hijos nacidos o nasciturus del instituido o a favor de un ente público.*

*Es igualmente válida la disposición que conlleva a un hermano o hermana del testador la obligación de conservar y restituir los bienes dejados en favor de todos los hijos nacidos y nasciturus del hermano o hermana o a favor de un ente público.*

*En cualquier otro caso la sustitución es nula”.*

Como se aprecia en dicho artículo, en Italia, al fideicomitente se le denomina “disponente”, al fiduciario “instituido”, y al fideicomisario “sustituto”, aunque en la doctrina también se emplean los mismos términos que en nuestro Ordenamiento jurídico, es decir, fideicomitente, fiduciario y fideicomisario.

Del contenido originario del artículo 692 se desprende que la intención del legislador italiano de 1.942 no era otra que favorecer la continuidad e integridad del patrimonio familiar, si bien la admisión de la institución se produjo bajo unos límites muy restringidos, quedando limitada la institución a las conocidas como “sustitución fideicomisaria familiar” y “sustitución fideicomisaria de beneficencia”, a través de las cuales podía ser fiduciario un hijo o un hermano del testador, y fideicomisarios, indistintamente, todos los hijos nacidos o por nacer del instituido, o un ente público.

Sobre estos extremos no existen dudas en la doctrina italiana, tal y como se acredita con las afirmaciones de GENGHINI y CARBONE<sup>976</sup>, quienes consideran que *“totalmente abolida del Código de 1865, inspirado en el máximo liberalismo, fue reintroducida en el Código de 1942 como instrumento para garantizar la continuidad del patrimonio*

---

<sup>975</sup> El artículo 692 del CC de 1.942 establecía que: *“È valida la disposizione con la quale il testatore impone al proprio figlio l'obbligo di conservare e restituire alla sua morte in tutto o in parte i beni costituenti la disponibile a favore di tutti i figli nati o nascituri dall'istituto o a favore di un ente pubblico.*

*È valida ugualmente la disposizione che importa a carico di un fratello o di una sorella del testatore l'obbligo di conservare e restituire i beni lasciati a favore di tutti i figli nati e nascituri da essi o a favore di un ente pubblico.*

*In ogni altro caso la sostituzione è nulla”.*

<sup>976</sup> GENGHINI e CARBONE, *Le successioni per causa di morte*, Tomo II, Cedam, 2.012, pág. 1.264: *“Totalmente abolita dal codice del 1.865, ispirato al massimo liberalismo, essa è stata reintrodotta nel codice del 1.942 come strumento per garantire la continuità del patrimonio familiare (fedecommesso familiare), o per scopi benefici (fedecommesso di beneficenza), fermo restando che l'istituto doveva essere un figlio o un fratello”.*

familiar (fideicomiso familiar), o para objetivos benéficos (fideicomiso de beneficencia), manteniéndose siempre que el instituido debería ser un hijo o hermano”; también reconoce estos dos tipos de sustitución fideicomisaria MORETTI<sup>977</sup> cuando asevera que “el Código civil del 1939-1942 admite algunas hipótesis, si bien limitadas, de sustitución fideicomisaria: el fideicomiso familiar y el de beneficencia, ambos con el límite del primer grado”; siempre en el mismo sentido, destaca CAPOZZI<sup>978</sup> que “el Código de 1942, con la finalidad de favorecer la continuidad y la integridad del patrimonio doméstico, admite la institución aunque con límites muy reducidos, previendo únicamente dos formas: el <<fideicomiso familiar>> (instituidos podían ser un hijo o un hermano del testador, sustitutos todos los hijos o nasciturus del instituido, indistintamente), y el llamado <<fideicomiso de beneficencia>> (instituidos, siempre y únicamente, el hijo o el hermano, sustituto un ente público)”; o, por último, PUTTI<sup>979</sup>, cuando escribe: “con este objetivo había llevado a cabo la prohibición de la sustitución fideicomisaria introduciendo el fideicomiso de familia y aquel de beneficencia, limitados a la cuota disponible del patrimonio hereditario”.

Pero, a raíz de una reforma introducida en el Derecho de Familia italiano por la Ley de 19 de mayo de 1.975, N° 151<sup>980</sup>, la sustitución fideicomisaria asumió, definitivamente, un único fin, que sigue siendo el actual, que no es otro que el asistencial, sufriendo, por ello, el artículo 692 del CC una profunda reforma que acabó con la sustitución fideicomisaria familiar y de beneficencia, e introdujo la figura existente hoy en día, conocida como “sustitución fideicomisaria asistencial”, la cual queda regulada entre los artículos 692 a 699 del CC, ambos incluidos.

En la actualidad, recoge literalmente el artículo 692<sup>981</sup> del C.c. italiano que:

---

<sup>977</sup> MORETTI, “La sostituzione fedecommissaria”, en *Trattato di Diritto delle successioni e donazioni, La successione testamentaria*, diretto da Giovanni Bonilini, II, Giuffré Editore, Milano, 2.009, pág. 1.787.

<sup>978</sup> CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Terza Edizione, Tomo II, Giuffré Editore, Milano, 2.009, pág. 1.029: “Il codice del 1.942, al fine di favorire la continuità e l'integrità del patrimonio domestico, ammise l'istituto in limite peraltro ben ristretti, prevedendone soltanto due forme: il <<fedecommissario familiare>>(istituiti potevano essere un figlio o un fratello del testatore, sostituiti tutti indistintamente i figli nati o nascituri dell'istituto) e il c.d. <<fedecommissario di beneficenza>> (istituiti, sempre e unicamente, il figlio o il fratello, sostituito un ente pubblico)”.

<sup>979</sup> PUTTI, *Op. cit.*, pág. 424: “A questo scopo aveva attenuato il divieto della sostituzione fedecommissaria introducendo il fedecommissario di famiglia e quello di beneficenza, limitati alla quota disponibile del patrimonio ereditario”.

<sup>980</sup> Ley 19 de mayo de 1.975, N. 151, de reforma del Derecho de Familia.

<sup>981</sup> Establece el actual artículo 692 del CC: “Ciascuno dei genitori o degli altri ascendenti in linea retta o il coniuge dell'interdetto possono istituire rispettivamente il figlio, il discendente, o il coniuge con l'obbligo di conservare e restituire alla sua morte i beni anche costituenti la legittima, a favore della persona o degli enti che, sotto la vigilanza del tutore, hanno avuto cura dell'interdetto medesimo.”

*“Cualquiera de los padres o de los otros ascendientes en línea recta o el cónyuge del incapacitado total<sup>982</sup> 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 incapacitado.*

*La misma disposición se aplica en el caso del menor de edad que sufra una enfermedad habitual de mente en condiciones que hagan presumir que en el término indicado en el artículo 416 se producirá el pronunciamiento de incapacitación.*

*Cuando existan varias personas o entes en el supuesto del primer apartado los bienes son atribuidos proporcionalmente al tiempo durante el cual los mismos hayan tenido cuidado del incapacitado. La sustitución quedará sin efecto en el supuesto en el que la incapacitación sea negada o el procedimiento de incapacitación no sea iniciado dentro de los dos años siguientes a la obtención de la mayoría de edad del menor con una enfermedad de mente habitual. Y también quedará privada de efecto en el supuesto de revocación de la incapacitación o respecto a las personas o los entes que hayan violado las obligaciones de asistencia.*

*En cualquier otro caso la sustitución es nula”.*

Para ZACCARIA<sup>983</sup>, *“la sustitución fideicomisaria tiene, en la actualidad y a raíz de la configuración que le atribuyó la Ley 19 de mayo de 1.975, núm. 151 (Reforma del Derecho de familia), carácter exclusivamente asistencial. Así se desprende del artículo 692 CC, según el cual los progenitores, los restantes ascendientes en línea recta o el cónyuge del incapacitado pueden instituir, respectivamente, al hijo, al descendiente o al cónyuge con la obligación de conservar y restituir, en el momento de su fallecimiento, los bienes –incluso los que constituyen la legítima– a la persona o a las entidades que,*

---

*La stessa disposizione si applica nel caso del minore di età, se trovasi nelle condizioni di abituale infermità di mente tali da far presumere che nel termine indicato dall'Art. 416 interverrà la pronuncia di interdizione.*

*Nel caso di pluralità di persone o enti di cui al primo comma i beni sono attribuiti proporzionalmente al tempo durante il quale gli stessi hanno avuto cura dell'interdetto.*

*La sostituzione è priva di effetto nel caso in cui l'interdizione sia negata o il relativo procedimento non sia iniziato entro due anni dal raggiungimento della maggiore età del minore abitualmente infermo di mente. E' anche priva di effetto nel caso di revoca dell'interdizione o rispetto alle persone o agli enti che abbiano violato gli obblighi di assistenza.*

*In ogni altro caso la sostituzione è nulla”.*

<sup>982</sup> El interdicto en Italia es la persona incapacitada totalmente (el tutelado en España), mientras que el *inabilitato* es la persona incapacitada parcialmente (el curatelado español). De hecho, la institución de guarda de los *interdetto* se denomina tutela, y la de los *inabilitati* curatela.

<sup>983</sup> ZACCARIA, *Perfiles del Derecho italiano de Sucesiones*, Traducción de Miriam Anderson y Lorenzo Bairati, Editorial Bosch, Barcelona, 2.008, págs. 47 y 48.

*bajo la vigilancia del tutor, han cuidado del incapacitado. Y la misma regla se aplica en el caso del menor de edad, si se halla en condiciones psíquicas tales que hagan presumir que se producirá la incapacitación. En cualquier otro supuesto, la sustitución es nula”.*

También ALPA<sup>984</sup>, de forma muy clara y concisa, expone que *“la sustitución fideicomisaria, que tuvo en el pasado un gran significado y una gran aplicación, hoy está prohibida, salvo un caso particular que llamaremos fideicomiso asistencial. La sustitución fideicomisaria implica un doble llamamiento con la obligación para el primer llamado de conservar para restituir. El artículo 692 quiere asegurar la posibilidad de una ventaja hereditaria a personas o entes que hayan asistido a un incapacitado, previendo y permitiendo la llamada a su favor después de que beneficiario directo de la figura haya sido la persona necesitada de asistencia y cuidado”.*

Desde un punto de vista más práctico, analiza GALGANO<sup>985</sup> el contenido del artículo 692 en los términos siguientes: *“Para el artículo 692 la sustitución fideicomisaria se reduce a esto: los ascendientes o el cónyuge de un incapacitado pueden instituir heredero al incapacitado con la obligación de conservar el patrimonio hereditario y de restituirlo, a su muerte, a la persona o al ente que hayan cuidado de él. La designación de esta persona o ente como heredero sustituto del heredero instituido asume así una función remuneratoria del cuidado que la persona o el ente hayan tenido respecto al incapacitado”.*

---

<sup>984</sup>ALPA, *Manuale di Diritto Privato*, Settima Edizione, Cedam, Padova, 2.009, pág. 530: *“La sostituzione fedecommissaria, che ebbe in passato un vasto significato e larga applicazione, oggi è proibita, fatto salvo un caso particolare che chiameremo fedecommissario assistenziale. La sostituzione fedecommissaria implica una doppia vocazione con l’obbligo per il primo chiamato di conservare per restituire. L’art. 692 vuole assicurare la possibilità di un vantaggio ereditario a persone o enti che abbiano assistito un interdetto, prevedendo e consentendo una chiamata in loro favore dopo che beneficiaria diretta del lascito sia stata appunto la persona bisognosa dell’assistenza”.*

<sup>985</sup> GALGANO, *Trattato di Diritto Civile*, Terza edizione aggiornata a cura di Nadia Zorzi Galgano, Volume Primo, Wolters Kluwer- Cedam, Padova, 2.015, págs. 912 y 913. *“Per l’art. 692 la sostituzione fedecommissaria si reduce a questo: gli ascendenti o il coniuge di un interdetto possono istituire erede l’interdetto con l’obbligo di conservare il patrimonio ereditario e di restituirlo, alla sua morte, alla persona o all’ente che si è preso cura di lui. La designazione di questa persona o ente come erede sostituto dell’erede istituito asume così una funzione remuneratoria della cura che la persona o l’ente si è presa dell’interdetto”.*

PERLINGIERI y MARINARO<sup>986</sup>, por su parte, exponen que “a la sustitución fideicomisaria, con la reforma del Derecho de familia (ley 151/1.975), se le adjudica una finalidad asistencial, que se realiza mediante el cuidado del incapacitado por parte del sustituto o los sustitutos que, a lo largo del tiempo, hayan cuidado de él”.

También TRABUCCHI<sup>987</sup> expone que “la sustitución fideicomisaria, que en el pasado tuvo un importante significado y una larga aplicación, hoy está prohibida, salvo un caso particular que llamaremos fideicomiso asistencial”.

AMATO y MARINARO<sup>988</sup>, consideran que “toca ahora describir la única hipótesis concreta en la que es admisible la sustitución fideicomisaria tras la reforma de la norma, aquella definida como fideicomiso asistencial”.

De hecho, la institución quedó modificada no sólo en su contenido, sino, incluso, en su *ratio*. Así también lo entiende VANNI<sup>989</sup>, cuando indica que “consintiéndose la eficacia únicamente a favor de entes o personas que hayan cuidado del incapacitado, hijo o descendiente o también cónyuge del testador, ha cambiado radicalmente la *ratio* de la institución, que ya no se dirige a la conservación del patrimonio en defensa de los intereses de la familia, sino que tiende exclusivamente a asegurar y a incentivar el cuidado y la asistencia del incapacitado”.

Pero, llegado este momento, consideramos que para entender desde el principio la institución italiana, y llevar a cabo la posterior comparación con la figura española, es necesario plantearse lo siguiente: ¿quiénes podrán ser incapacitados en Italia?

---

<sup>986</sup> PERLINGIERI e MARINARO, *Istituzioni di Diritto Civile*, 5ª edizione, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2.012, pág. 547: “Alla sostituzione fedecommissaria, con la riforma del diritto di famiglia (l. 151/1975), si è aggiunta una finalità assistenziale, che si realizza mediante la cura dell'interdetto, affidata al sostituto o ai sostituiti che, anche in prosieguo di tempo, si siano presi cura di lui”.

<sup>987</sup> TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, Quarantesima Seconda Edizione, Cedam, Padova, 2.005, pág. 476. “La sostituzione fedecommissaria, che ebbe in passato un vasto significato e larga applicazione, oggi è proibita, fatto salvo un caso particolare che chiameremo fedecommissario assistenziale.”

<sup>988</sup> AMATO e MARINARO, “La nuova sostituzione fedecommissaria”, *Pubblicazioni della Scuola di perfezionamento in Diritto civile dell'Università di Camerino*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1.979, pag. 41: “Rimane ora da descrivere l'unica ipotesi concreta in cui è ammissibile la sostituzione fedecommissaria secondo la norma riformata, quella definita del fedecommissario assistenziale”.

<sup>989</sup> VANNI, *Op. cit.*, pág. 6.284: “Consentendone l'efficacia soltanto in favore di enti o persone che abbiano avuto cura dell'interdetto, figlio o discendente ovvero coniuge del testatore, è radicalmente mutata la *ratio* stessa dell'istituto, non più diretto alla conservazione del patrimonio in difesa degli interessi della famiglia, ma esclusivamente, tendente ad assicurare ed incentivare la cura e l'assistenza dell'incapace”.

Al respecto, el artículo 414<sup>990</sup> del CC que lleva por título “*Personas que pueden ser incapacitadas*”, establece que “*el mayor de edad y el menor emancipado, los cuales sufran habitualmente enfermedades mentales que les convierta en incapaces para proveer sus propios intereses, son incapacitados cuando sea necesario para asegurar su adecuada protección*”.

Es decir, que a diferencia que en España, donde nuestro C.c. recoge también la imposibilidad de incapacitar a las personas que sufran cualquier enfermedad o deficiencia física que le impida a la persona gobernarse por sí misma, en Italia única y exclusivamente se podrá incapacitar a personas que sufran enfermedades mentales.

Del texto originario del artículo 692 en el CC de 1.942, y la redacción dada al mismo mediante la Ley de 1.975, N. 151, y que actualmente sigue en vigor, destacan diversas diferencias, como, por ejemplo, el hecho de que la posición del fideicomisario fuese establecida de forma más específica en la redacción originaria, ya que se recogía como posibles fideicomisarios a “*todos los hijos nacidos y nasciturus*” o a “*un ente público*”, mientras que, hoy en día, se habla de “*personas o entes*”, pudiendo ser, incluso, diversos y numerosos los fideicomisarios, ya que, en su apartado 3º, el artículo 692 determina que en el caso de pluralidad de personas o de entes (...) los bienes son atribuidos proporcionalmente al tiempo durante el cual hayan cuidado del incapacitado, repetimos, bajo la supervisión del testador.

Otra diferencia que se nos ocurre es que, a través de la figura de 1.942, los cónyuges supervivientes no podían ser fiduciarios y sí en cambio los hermanos, y en la institución de 1.975 es justo lo contrario.

Dicho lo cual, hemos de destacar que la diferencia de mayor alcance jurídico consiste en que la sustitución fideicomisaria contemplada en la redacción originaria del artículo 692 del CC, únicamente, podía establecerse sobre la cuota de libre disposición, mientras que la actual puede afectar también a la propia legítima del incapacitado (pero nunca a la del resto de legitimarios).

---

<sup>990</sup>Articolo 414 CC, *Persones che possono essere interdette*: “*Il maggiore di età e il minore emancipato, i quali si trovano in condizioni di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi, sono interdetti quando ciò è necessario per assicurare la loro adeguata protezione*”.

Para concluir el presente apartado traemos a colación las palabras de SERRANO GARCÍA<sup>991</sup> cuando manifiesta que *“hay otra posibilidad en el Derecho italiano de establecer una sustitución fideicomisaria que es la del fideicomiso familiar, en la cual el instituido es un hijo o hermano del testador y sustituido todos los hijos nacidos o nasciturus del hijo o hermano. La figura que nos interesa es la del fideicomiso de beneficencia, también llamado fideicomiso asistencial...”*.

Nos sorprende la afirmación del autor, ya que entendemos más que justificado que, en Italia, en la actualidad, no cabe ni la sustitución fideicomisaria familiar, ni la de beneficencia, introducidas originariamente por el CC de 1.942, las cuales, como ya se ha señalado, fueron suplantadas por la sustitución fideicomisaria asistencial actual, que reiteramos, no es la misma que la de beneficencia.

## **II.- NATURALEZA JURÍDICA Y ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA INSTITUCIÓN**

Antes de centrarnos en el contenido de la institución italiana, entendemos oportuno anunciar desde este momento la diferencia principal existente entre ésta y la sustitución fideicomisaria española.

Nos referimos al contenido del último epígrafe del artículo 692 del CC, donde se establece que *“cualquier otra sustitución fideicomisaria distinta a la descrita en el mencionado artículo es nula”*. Es decir, que, en el Ordenamiento jurídico italiano, única y exclusivamente existe la sustitución fideicomisaria asistencial, mientras que, en España, como venimos estudiando a lo largo del presente trabajo, desde la promulgación del C.c. existe la sustitución fideicomisaria ordinaria, y desde la LPPD de 2003, también contamos con la sustitución fideicomisaria especial, siendo precisamente esta última la institución que vamos a comparar con la sustitución fideicomisaria italiana, dado que ambas tienen la misma finalidad: proteger a las personas incapacitadas.

Con la reforma del Derecho de familia, en Italia a la sustitución fideicomisaria se le dio una configuración jurídica totalmente nueva, quedando su campo de aplicación

---

<sup>991</sup> SERRANO GARCÍA, *Protección patrimonial...*, cit., pág. 488.

notablemente reducido, y poniendo la institución casi al límite entre el Derecho Sucesorio y el régimen de tutela del incapacitado, como se demuestra con el hecho de que las principales características de la figura sean: a) la voluntad del testador, y b) el cuidado y asistencia del incapacitado.

De ahí, precisamente, que la sustitución fideicomisaria sea una institución compleja, en cuanto que la delación no se producirá hasta que no se compruebe que el fideicomisario prestó los cuidados y asistencia necesaria al incapacitado bajo la supervisión del curador, cosa que, por ejemplo, no sucede en la sustitución ordinaria.

Y es que, según la nueva disciplina, fiduciario puede ser únicamente una persona incapacitada, o un menor en condiciones que haga presuponer que, al alcanzar la mayoría de edad, será incapacitado, y fideicomisaria las personas o los entes que hayan tenido cuidado del incapacitado bajo la vigilancia del tutor, de ahí que podamos afirmar que la finalidad de la actual sustitución fideicomisaria italiana es única y exclusivamente, asegurar, incluso, incentivar, el cuidado del incapaz. En este sentido, expresa BENEDETTI<sup>992</sup> que “*asegurar de hecho, incentivándolo, el cuidado del incapacitado: ésta es la razón actual del fideicomiso*”.

Aunque, en un principio, la doctrina consideraba que el fiduciario era titular de una propiedad temporánea debido a que la ley fijaba un término final para la primera institución e inicial para la segunda, hoy en día, la doctrina moderna es unánime<sup>993</sup> a la hora de considerar que el fiduciario es titular de un derecho de propiedad resoluble, quedando fijada la condición resolutoria en la premoriencia del fiduciario al fideicomisario, y en el cuidado que éste haya prestado al fiduciario. De ahí que, cuando la condición resolutoria no se produzca, se consolidará la adquisición de los bienes fideicomitados por parte del fiduciario, produciéndose dicha situación en los supuestos en los que el fideicomisario haya premuerto al fiduciario, o cuando no se haya cumplido por parte del fideicomisario con su obligación de cuidar del fiduciario incapacitado.

---

<sup>992</sup> BENEDETTI, “Note introduttive agli articoli 197-199 Nov.”, in *Commentario alla riforma del Diritto di famiglia*, a cura di CARRARO, OPPO e TRABUCCHI, I, 2, Cedam, Padova, 1.977, págs. 877 y 888: “*Assicurare in fatto, incentivandola, la cura dell’incapace: questa la ragione attuale del fedecompresso*”.

<sup>993</sup> Así, entre otros autores, BENEDETTI, *Op. cit.*, pág. 883; CAPOZZI, *Op. cit.*, pág. 1.038; MORETTI, *Op. cit.*, pág. 1.799; GENGHINI e CARBONE, *Op. cit.*, pág. 1.271 y BALESTRA, “La sostituzione ordinaria e fedecommissaria”, en *Successioni e Donazioni*, a cura di Lorenzo Balestra e Mauro di Marzio, Cedam, Padova, 2.008, pág. 1.177.

En cuanto a los elementos constitutivos de la figura, la doctrina y la jurisprudencia italiana coinciden en señalar los mismos elementos que componen la figura española: a) el doble llamamiento testamentario, que, al igual que en la institución española, supone que el llamamiento tanto al fiduciario como al fideicomisario es inmediato, y siempre sobre los mismos bienes. Es decir, que ambos serán herederos o legatarios del testador justo en el momento de la apertura de la sucesión; b) el orden sucesivo, supone que ambos sujetos sumen la cualidad de herederos o legatarios del testador, no contemporáneamente, sino uno después de otro, en el sentido de que existirá una primera delación inmediata a favor del fiduciario una vez que muera el causante, y una segunda delación a favor del fideicomisario al morir el fiduciario; y c) la obligación de conservar los bienes, y restituirlos al fideicomisario.

En realidad, al igual que sucede en el Ordenamiento jurídico español, el conservar los bienes y restituirlos con posterioridad a los fideicomisarios no puede entenderse como obligaciones del fiduciario, entre otros motivos porque éste, en ciertas ocasiones, podrá disponer de los bienes (como expondremos a continuación), y porque, en realidad, él no se encarga nunca de restituirlos, ya que dicha entrega se producirá siempre a su muerte, por lo que la restitución de los bienes fideicomitidos corresponde a los herederos del fiduciario.

BENEDETTI<sup>994</sup> considera al respecto que *“no tiene sentido <<la obligación de restituir>>: a la muerte del fiduciario la herencia se devuelve automáticamente al fideicomisario. El fiduciario, desde este punto de vista, no debe y no puede hacer nada: los bienes no pasan a formar parte de la masa y por tanto de la sucesión, que se abre a su muerte...”*.

Lo interesante en la figura italiana, a diferencia de la española, es que para que finalmente se produzca la delación a favor del fideicomisario ha de cumplirse un cuarto elemento constitutivo de la sustitución fideicomisaria: el cuidado del incapacitado.

---

<sup>994</sup> BENEDETTI, *Op. cit.*, pág. 882. *“Del tutto privo di senso, infine <<l’obbligo di restituire>>: alla morte dell’istituto l’eredità si devolve automaticamente al sostituto. L’istituto, da questo punto di vista, non deve e non può far nulla: i beni non entrano a far parte della massa e quindi della successione, che si apre alla sua morte...”*.

En cuanto a este último elemento constitutivo de la figura, expone MORETTI<sup>995</sup> que “*se trata de un elemento de hecho, que debe presentar las características de efectividad y continuidad: el cuidado del incapacitado, de hecho, debe desarrollarse de modo continuado y no ocasional*”.

Por cuidado se entiende no sólo la asistencia material (como, en ocasiones alojamiento en clínicas privadas, prestaciones médicas, etc.), sino también, la asistencia moral y espiritual, que, igualmente, deberá ser prestada por el fideicomisario. Requisitos todos estos que deberán comenzar a cumplirse tras la apertura de la sucesión, y durante toda la vida del incapacitado, a no ser que el testador hubiera establecido otra cosa.

### III.- OBJETO DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ITALIANA

Antes de la reforma introducida por el legislador de 1.975, el art. 692 CC preveía como condición *sine qua non* para que la sustitución fideicomisaria pudiese considerarse lícita, su alcance limitado sobre los bienes de la cuota de libre disposición.

El testador podía disponer una sustitución objetivamente limitada, única y exclusivamente, sobre los bienes que constituyesen la cuota disponible o de libre disposición.

Sin embargo, tras la reforma, el incapacitado podrá ser instituido con la obligación de conservar y restituir a su muerte los bienes “*que también constituyan la legítima*”. Pero, ¿a qué legítima se refiere el artículo 692? ¿Sólo a la del incapacitado fiduciario, o a toda la cuota de legítima, incluida la del resto de legitimarios como sucede en nuestro Ordenamiento a través de la sustitución fideicomisaria especial?

Tal y como expusimos con anterioridad, el legislador italiano por legítima se refiere a la del propio incapacitado, y nunca a la del resto de legitimarios.

En este sentido, recoge TALAMANCA<sup>996</sup>, gran referente en el estudio de la figura en Italia, que “*ello no obstante, se ha establecido que, en el sustituir mediante el*

---

<sup>995</sup> MORETTI, *Op. cit.*, pág. 1.792. “Si tratta di elemento di fatto, che deve presentare le caratteristiche della effettività e della continuità: la cura dell’incapace, infatti, deve essere svolta in modo oggettivo e non occasionale”.

<sup>996</sup> TALAMANCA, “Articolo 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

*fideicomiso al incapacitado por aquellos que le hayan cuidado, el testador, comprendiendo la legítima expectante al mismo incapacitado, podrá privar a los descendientes, legítimos o naturales, de esto último”.*

Igualmente CAPOZZI<sup>997</sup> considera que “*la nueva sustitución fideicomisaria conllevó una notable modificación en el objeto de la figura, ya que supone que en el mismo puedan quedar comprendidos también los bienes que constituyen la legítima del instituido, mientras, antes de la reforma, estos quedaban totalmente excluidos*”.

Una vez aclarado que la legítima afectada por la sustitución fideicomisaria italiana nunca será la del resto de legitimarios (cosa que sí sucede, en cambio, con el alcance de nuestra sustitución fideicomisaria especial), hemos de exponer que, aun así, al quedar gravada la legítima del incapacitado, y, por ende, la de sus legitimarios, se produce la vulneración del principio de intangibilidad de la legítima del Ordenamiento jurídico italiano, recogida en el artículo 549 del *Codice*<sup>998</sup>.

En Italia, también son legitimarios el cónyuge (aunque de forma mucho más amplia que en España), los descendientes legítimos o naturales, y los ascendientes legítimos. Expone TRIMARCHI<sup>999</sup> que “*a estas personas (legitimarios o personas a las que se les ha reservado la legítima) la ley reserva determinadas porciones del patrimonio del de cuius (cuotas de reserva, o de legítima), incluso contra la voluntad de éste*”.

Sin embargo, a través de la sustitución fideicomisaria, uno de los legitimarios, concretamente el hijo o el descendiente incapacitado, se verá privado de su legítima, la cual irá a parar a los fideicomisarios que hayan cuidado de éste.

---

Roma, Bologna-Roma, 1.978, pág. 345. “*Ciò nonostante, si è stabilito che, nel sostituire in via di fedecommesso all’incapace coloro i quali ne abbiano avuto cura, il testatore, ricomprendendovi la legittima spettante all’incapace stesso, possa privarne i discendenti, legittimi o naturali, di quest’ultimo*”.

<sup>997</sup> CAPOZZI, *Op. cit.*, pág. 1.047. “*La nuova sostituzione fedecommissaria ha portato una modifica di notevolissimo rilievo relativamente all’oggetto, perché ha stabilito che in esso possono essere compresi anche i beni costituenti la legittima dell’istituto, mentre, prima della riforma, questi venivano testualmente esclusi*”.

<sup>998</sup> Articolo 549 CC: *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*”.

<sup>999</sup> TRIMARCHI, *Istituzioni di Diritto Privato*, Undicesima Edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1996, pág. 616. “*A queste persone (legittimari o riservatori) la legge riserva determinate porzioni del patrimonio del de cuius (quote di riserva, o di legittima), anche contro la volontà di questo*”.

Esta vulneración del principio de intangibilidad de la legítima supuso el planteamiento de la legitimidad constitucional de la sustitución fideicomisaria, existiendo diversas corrientes doctrinales enfrentadas al respecto.

Así lo entiende CAPOZZI<sup>1000</sup>, cuando expone que *“se ha mantenido que la nueva regla sería constitucionalmente ilegítima por violación en particular del artículo 3 de la Constitución, porque la norma iría en perjuicio de la propia posición del incapacitado, el cual vería gravada su legítima por el vínculo fideicomisario: esto es, tendría, una capacidad de suceder diversa y limitada respecto a la de los otros ciudadanos o familiares no incapacitados.*

*Por el contrario, se ha observado que el nuevo fideicomiso, también si incide sobre la legítima, no tiene el objetivo de limitar los derechos del incapacitado, sino de tutelar mayormente a éste, asegurando el cuidado material y moral de su persona”.*

Efectivamente, parte de la doctrina ha denunciado la inconstitucionalidad de la sustitución fideicomisaria por vulneración del artículo 29,1<sup>o</sup><sup>1001</sup> 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<sup>1002</sup> de la Constitución, a causa de la limitada capacidad de suceder reconocida al incapacitado y de sus futuros legitimarios.

Dentro de esta corriente doctrinal, destacan, por ejemplo, los autores FINOCCHIARO A. y FINOCCHIARO M.<sup>1003</sup>, cuando manifiestan que *“por nuestra parte, se mantiene*

---

<sup>1000</sup> CAPOZZI, *Op. cit.*, pág. 1.047: *“È stato sostenuto che la nuova regola sarebbe costituzionalmente illegittima per violazione in particolare dell’art. 3 della Costituzione, perchè la norma verrebbe a ledere la stessa posizione dell’interdetto, il quale vedrebbe gravata la sua legittima dal vincolo fedecommissario: avrebbe, cioè, una capacità a succedere diversa e limitata rispetto a quella degli altri cittadini o familiari non interdetti.*

*In contrario, si è però osservato che il nuovo fedecommissario, anche se incide sulla legittima, ha il dichiarato ed evidente scopo non certo di limitare i diritti dell’interdetto, ma di tutelare maggiormente quest’ultimo, assicurando la cura materiale e morale della sua persona”.*

<sup>1001</sup> Artículo 29, 1<sup>o</sup> comma Constitución: *“La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio”.*

<sup>1002</sup> Artículo 3 Constitución: *“Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.*

*E’ compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese”.*

<sup>1003</sup> FINOCCHIARO A. y FINOCCHIARO M., *Diritto di famiglia, Commento sistematico della legge 19 maggio 1.975, N. 151, Volume Secondo, Giuffrè, Milano, 1984, pág. 2.395: “Si ritiene, per l’effetto, da parte nostra, l’incostituzionalità della previsione de qua nella parte in cui consente che la sostituzione fedecommissaria possa riguardare anche beni costituenti la legittima”.*

*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 CUPIS<sup>1004</sup>, que considera que la previsión legislativa sería una clara violación del principio de la intangibilidad de la cuota de reserva al incapacitado.

Sin embargo, la corriente dominante considera 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 puede entenderse inconstitucional bajo ningún concepto, principalmente, por tres motivos:

a).- 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.

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

c).- El poder que el artículo 42<sup>1005</sup> de la Constitución reconoce al legislador italiano para regular los límites de la sucesión legítima y testamentaria, pudiendo, por tanto, alterar los límites al principio de la legítima.

Destacan, en este sentido, autores como VANNI<sup>1006</sup>, cuando expone que *“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*

---

<sup>1004</sup> DE CUPIS, “Postilla sul nuovo diritto di famiglia”, en *Rivista di diritto civile*, Tomo I, 1.975, pág. 130: *“La previsione legislativa sarebbe una chiara violazione del principio della intangibilità della quota di riserva dell’interdetto”*.

<sup>1005</sup> Artículo 42 Costituzione: *“La proprietà pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati.*

*La proprietà privata é’ riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti.*

*La proprietà’ privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d’interesse generale.*

*La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredita”*.

<sup>1006</sup> VANNI, *Op. cit.*, pág. 6.285: *“L’eccezionalità dell’istituto, tuttavia, giustifica la deroga al suddetto fondamentale principio di diritto successorio che riserva sempre e comunque ai legitimari una quota dell’eredità, poiché in questo caso, essendo scopo della disposizione quello di incentivare al massimo la cura dell’incapace, è evidente che maggiore è il patrimonio che può essere attribuito in favore dell’ente o delle persone che abbiano cura dell’interdetto, più elevato sarà l’interesse di questi ultimi a farsi carico dell’incombenza”*.

*que hayan cuidado del incapacitado, y más elevado será el interés de estos últimos por hacerse cargo del compromiso”.*

Asimismo, TAMBURRINO<sup>1007</sup>, expresa 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 29,1º 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 la incapacitado”.*

Mientras que GENGHINI y CARBONE<sup>1008</sup> indican 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 incapacitado, asumirían una limitación de la legítima que otros instituidos no asumirían; se produciría un tratamiento dispar que dañaría a los futuros legitimarios del incapacitado. En realidad, se obvia, no está dirigida a crear un perjuicio al incapacitado, sino una ventaja, asegurándole la asistencia”.*

---

<sup>1007</sup> TAMBURRINO, *Op. cit.*, pág. 424: *“La norma ha preoccupato i commentatori della novella che vi hanno visto una violazione del principio fondamentale della inviolabilità della legittima e degli interessi dei legittimari compreso lo stesso incapace, fino a dubitare addirittura della sua costituzionalità o per contrasto all’art. 29 1º comma o per contrasto all’art. 3 Cost. Non crediamo di seguire siffatta tesi e ciò sulla nuova base della sostituzione fidecommissaria, la quale non si attacca più alla famiglia ed alla sua tutela, sibbene alla cura dell’incapace a tutela del quale il legislatore ha ammesso che possa anche essere la sostituzione estesa alla legittima, nel senso cioè che possono entrare nella sostituzione anche i beni facenti parte della legittima quando il disponente ritenga che anche essi servano a compensare le persone o gli enti indicati per la tutela prestata all’incapace”.*

<sup>1008</sup> GENGHINI y CARBONE, *Op. cit.*, pág. 1.267. *“Alcuni Autori hanno criticato tale scelta del legislatore, ritenendola in contrasto con il principio di uguaglianza affermato dall’art. 3 della Cost.: l’istituto, in quanto interdetto, subirebbe una limitazione della legittima che altri istituti capaci non subirebbero; si avrebbe una disparità di trattamento a danno dei futuri legittimari di lui. In realtà, si obietta, la norma non è tesa a recare un pregiudizio all’interdetto, ma un vantaggio, assicurandone l’assistenza”.*

Por último, PUTTI<sup>1009</sup> considera 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)*”.

Por nuestra parte, no podemos más que posicionarnos en esta última corriente de autores, ya que consideramos que el conflicto de intereses entre la situación jurídica del legitimario y la tutela a favor del incapacitado que el legislador pretende conseguir mediante la sustitución fideicomisaria, únicamente puede ser resuelto a favor del cuidado de las necesidades personales del incapacitado. La asistencia y el cuidado de éste han sido considerados por el legislador en el sentido de atribuirle un claro predominio a los derechos al cuidado de la persona incapacitada, frente a los derechos de los legitimarios, los cuales sólo instrumentalmente entran en dicha categoría.

Por ello, en coherencia con la finalidad del instituto fideicomisario, el legislador ha optado por reforzar el cuidado del instituido-incapacitado.

#### **IV.- SUJETOS QUE LA COMPONEN**

Cumpliendo con la tradición histórica, los sujetos que componen la sustitución fideicomisaria italiana son el disponente o fideicomitente, el instituido o fiduciario, y el sustituto ofideicomisario.

Del contenido del artículo 692 se desprende que el fideicomitente en Italia, al igual que sucede en la sustitución fideicomisaria especial española, deberá estar siempre ligado con un vínculo familiar al fiduciario, previendo, exclusivamente, la ley como posible fideicomitente cualquier padre a favor del hijo incapacitado, cualquier ascendiente en línea recta a favor del descendiente incapacitado, y, por último, el cónyuge a favor del otro cónyuge incapacitado.

---

<sup>1009</sup> PUTTI, *Op. cit.*, pág. 426: “*L’ordinamento consentirebbe questa deroga ai principi generali in materia successoria per due motivi: da un lato per l’eccezionalità delle ipotesi normative di sostituzione fedecommissaria (in considerazione della finalità che ha ispirato il legislatore) e dall’altro in virtù del potere riconosciuto al legislatore ordinario di regolare i limiti della successione legittima e testamentaria (art. 42 Cost.)*”.

#### 4.1.- El fiduciario-instituido

Instituidos o fiduciarios en Italia podrán ser los hijos, descendientes y cónyuges que se encuentren incapacitados. ¿Y quiénes pueden ostentar la condición de incapacitados?

Tal y como expusimos con anterioridad, a diferencia de lo que ocurre en España, en Italia únicamente podrán ser incapacitadas las personas que sufran enfermedades mentales.

La gran mayoría de la doctrina italiana, en base al artículo 416 CC, da por hecho que fiduciario, únicamente, podrá ser un incapacitado o un menor afectado de enfermedad mental que haga presuponer que a su mayoría de edad será incapacitado.

Algún que otro autor entiende oportuno hacer hincapié en ello, como es el caso de BERNARDINI<sup>1010</sup>, quien, al respecto, expone que *“el fiduciario debe ser un incapacitado: más exactamente un incapacitado judicial por habitual enfermedad de mente o un menor de edad, igualmente enfermo de mente, que se encuentre en su último año de minoría de edad”*; o de GENGHINI y CARBONE<sup>1011</sup>, que indican que *“el fiduciario puede ser únicamente una persona incapacitada o de incapacitar en el sentido del artículo 416 CC (no se refiere a la incapacitación legal debido a la clara referencia que hace a la enfermedad mental”*; o, por último, AZZARITI<sup>1012</sup>, cuando afirma que *“fiduciarios a su vez pueden ser ahora el hijo, el descendiente o el cónyuge que sean incapacitados o incapacitables en vista a su condición habitual de enfermo de mente...”*.

Donde si es unánime la doctrina es a la hora de considerara cualquier hijo como posible fiduciario, usando el término “hijo” en su sentido más amplio, es decir, además de los legítimos, también los legitimados y los hijos naturales, reconocidos o declarados, y los adoptivos.

---

<sup>1010</sup> BERNARDINI, “Sostituzione fedecommissaria”, en *Rivista del Notariato*, Anno XLVII-1.993, pág. 1.089: *“L’istituuto, deve essere un interdetto: più esattamente un interdetto giudiziale per abituale infermità di mente o un minore di età, del pari infermo di mente, da interdarsi nell’ultimo anno dello stato minorile”*.

<sup>1011</sup> GENGHINI e CARBONE, *Op. cit.*, pág. 1.268: *“L’istituuto, poi, può essere soltanto una persona interdetta o da interdire ai sensi e per gli effetti dell’art. 416 c.c. (non rileva l’interdizione legale visto il chiaro riferimento alla infermità mentale)”*.

<sup>1012</sup> AZZARITI, “La sostituzione fedecommissaria”, en *Trattato di Diritto Privato*, Diretto da Pietro Rescigno, Tomo Secondo, UTET, Torino, 1.982, pág. 309. *“Gli istituiti a loro volta possono ora essere il figlio, il discendente o il coniuge, gli istituiti a loro volta possono ora essere il figlio, il discendente o il coniuge che siano interdetti o interdicensi in vista della loro condizione di abituale infermità di mente”*.

Cuestión diferente es la de los hijos naturales no reconocidos o no reconocibles, comprendidos en el artículo 580<sup>1013</sup> del CC. En este caso, la gran mayoría de autores<sup>1014</sup> entiende que estos hijos podrán ser instituidos fiduciarios sin problemas, no sólo por la finalidad asistencial de la sustitución fideicomisaria, sino también por el contenido del artículo 30<sup>1015</sup> de la Constitución, que recoge en su apartado primero que “*la ley asegura a los hijos nacidos fuera del matrimonio cada tutela jurídica y social compatible con los derechos de la familia legítima*”.

Sin embargo, hemos de reconocer que también existe una corriente minoritaria de autores<sup>1016</sup> que no comparten dicha interpretación, porque consideran que los hijos no reconocibles no pueden ser designados fiduciarios de la sustitución fideicomisaria.

Igualmente, podrán ser designados fiduciarios los cónyuges supérstites incapacitados judicialmente, algo que, incomprensiblemente, no sucede en la sustitución fideicomisaria especial española.

Según BENEDETTI<sup>1017</sup>, la segunda categoría de posibles fiduciarios es la del cónyuge, siempre que esté incapacitado, reconociendo el autor que “*la individualización de los*

---

<sup>1013</sup> Artículo 580 CC: “*Diritti dei figli nati fuori del matrimonio non riconoscibili.*

*Ai figli nati fuori del matrimonio aventi diritto al mantenimento, all'istruzione e alla educazione, a norma dell'articolo 279, spetta un assegno vitalizio pari all'ammontare della rendita della quota di eredità alla quale avrebbero diritto, se la filiazione fosse stata dichiarata o riconosciuta.*

*I figli nati fuori del matrimonio hanno diritto di ottenere su loro richiesta la capitalizzazione dell'assegno loro spettante a norma del comma precedente, in denaro, ovvero, a scelta degli eredi legittimi, in beni ereditari*”.

<sup>1014</sup> Entre otros autores, destacan, en este sentido, AZZARITI, *Op. cit.*, pág. 309; BENEDETTI, “Articolo 197”, en *Commentario alla riforma del Diritto di famiglia*, a cura di CARRARO, OPPO e TRABUCCHI, I, 2, Cedam, Padova, 1.977, págs. 890 y 891; TAMBURRINO, *Op. cit.*, pág. 423; FINOCCHIARO A. y FINOCCHIARO M., *Op. cit.*, pág. 2.393; MORETTI, *Op. cit.*, pág. 1.794; PACIA, “Sostituzione fedecommissaria fra tradizione e modernità”, en *Rivista del Notariato*, 2008 – Anno LXII, 2.008, pág. 559; BERNARDINI, “Sostituzione fedecommissaria”, en *Rivista del Notariato*, 1.993 – Anno XLVII, pág. 1088.

<sup>1015</sup> Recoge el artículo 30 de la Constitución que: “*È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio. Nei casi di incapacita' dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti.*

*La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima.*

*La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità*”.

<sup>1016</sup> Así CAPOZZI, *Op. cit.*, pág. 578, simplemente se limita a no incluirlos en la categoría de posibles fiduciarios; GENGHINI y CARBONE, *Op. cit.*, págs. 1.267 y 1.268, que consideran que este tipo de hijos no poseen el título de la filiación a todos los efectos de la ley, sino únicamente a los limitados efectos previstos por el CC en su artículo 594, cuando cuentan que “*secondo alcuni autori, dovrebbe essere incluso anche il figlio naturale non riconosciuto o non riconoscibile, in virtù del fatto naturale della procreazione, ma questa interpretazione non è condivisibile, in quanto i figli naturali non riconosciuti o non riconoscibili non possiedono il titolo della filiazione a tutti gli effetti di legge, ma soltanto ai limitati effetti (es. Art. 594 c.c.) previsti dal codice civile*”.

*sujetos, aquí, no presenta ninguna dificultad: son cónyuges las personas que han contraído entre ellos matrimonio civil o canónico con efectos civiles: no lo son más si se ha producido la anulación del matrimonio o la disolución del vínculo o el cese de los efectos civiles del matrimonio canónico”.*

Eso sí, dado que en el Ordenamiento jurídico italiano el incapacitado no puede contraer matrimonio civil en base al artículo 85 del CC, y si contrae matrimonio canónico no podrá ser transcrito en los registros civiles del Estado, se llega a la conclusión de que el legislador de 1.975, previendo como fiduciario al cónyuge, únicamente se plantea la hipótesis de una incapacitación posterior al matrimonio. Así lo entienden, entre otros autores, BENEDETTI<sup>1018</sup>, AZZARITI<sup>1019</sup> o TAMBURRINO<sup>1020</sup>.

Pero, llegados a este punto, los autores se plantean: ¿podrá instituirse como fiduciario de la sustitución fideicomisaria, aquel cónyuge incapacitado que haya contraído matrimonio canónico y dicho matrimonio no haya sido registrado civilmente en el Estado italiano?

BENEDETTI<sup>1021</sup>, al respecto, expone que *“aunque dicho matrimonio por sentido común induzca a considerar a dichos sujetos como marido y mujer, eso no me parece suficiente para afirmar la existencia de una relación jurídica relevante en el ordenamiento jurídico estatal”*; e, igualmente, lo considera MORETTI<sup>1022</sup>, cuando afirma que *“de la previsión normativa, debe ser excluido también el caso del incapacitado que haya contraído matrimonio canónico no inscrito en los registros civiles del estado”*.

Una vez expuesto quiénes pueden ser los fiduciarios, reiteramos que éstos no podrán ser instituidos como tales si no son personas sobre las que haya recaído una sentencia de incapacitación, o, siendo menores de edad, personas que se encuentren en condiciones

---

<sup>1017</sup> BENEDETTI, “Articolo 197”, cit., pág. 891: *“L’individuazione dei soggetti, qui, non presenta difficoltà: sono coniugi le persone che hanno contratto tra loro matrimonio civile o canonico con effetti civili: non lo sono più se sono intervenuti l’annullamento del matrimonio ovvero lo scioglimento del vincolo o la cessazione degli effetti civili del matrimonio canonico”*.

<sup>1018</sup> BENEDETTI, “Articolo 197”, cit., pág. 891.

<sup>1019</sup> AZZARITI, *Op. cit.*, pág. 309.

<sup>1020</sup> TAMBURRINO, *Op. cit.*, pág. 423.

<sup>1021</sup> BENEDETTI, “Articolo 197”, cit., pág. 891: *“Sebbene tale matrimonio induca il sentire comune a considerare i soggetti dello stesso marito e moglie, esso non mi pare sufficiente per affermare l’esistenza di un rapporto rilevante nell’ordine giuridico statutale”*.

<sup>1022</sup> MORETTI, *Op. cit.*, pág. 1.795: *“Dalla previsione normativa, deve essere escluso anche il caso dell’interdetto che abbia contratto matrimonio canonico non trascritto nei registri dello stato civile”*.

habituales de enfermedad mental que hagan presumir que se producirá la incapacidad en el último año de su minoría de edad.

La duda se plantea en cuanto a qué sucede si en el momento de la apertura de la sucesión, el fiduciario todavía no tiene reconocida la condición de incapacitado por encontrarse su procedimiento de incapacidad en trámite.

Existe una corriente doctrinal<sup>1023</sup> al respecto, que defiende que la sentencia de incapacidad deberá ser siempre dictada con anterioridad a la apertura de la sucesión, y que, de no ser así, la sustitución fideicomisaria no surtiría efectos.

Sin embargo, la corriente mayoritaria de autores<sup>1024</sup>, con la que coincidimos, considera que cuando el procedimiento de incapacidad está en curso una vez que se abre la sucesión, deberá otorgársele eficacia a la sustitución fideicomisaria establecida por el testador, siempre y cuando el procedimiento concluya en la definitiva sentencia de incapacidad.

Con la introducción de la nueva medida de protección del administrador de apoyo a favor de las personas con discapacidad, la doctrina italiana más reciente comienza a cuestionarse si la sustitución fideicomisaria podrá establecerse a favor de aquellas personas a quienes se haya nombrado un administrador de apoyo. Recordemos que, tal y como expone VIRGINIA ZAMBRANO<sup>1025</sup>, el alcance del nuevo instrumento de protección permite que prácticamente cualquier persona con discapacidad, pueda beneficiarse de este.

Sin embargo, y al igual que en España, donde no existen dudas de que la sustitución fideicomisaria especial, sólo podrá establecerse a favor de una persona incapacitada, y nunca a favor de una persona con discapacidad, la doctrina italiana tampoco duda, salvo alguna excepción, en considerar que la persona que haya sido beneficiada con el

---

<sup>1023</sup> En este sentido, destacan BENEDETTI, “Articolo 197”, cit., pág. 897 y MORETTI, *Op. cit.*, pág. 1.792.

<sup>1024</sup> Mantienen esta postura, entre otros, TALAMANCA, *Op. cit.*, pág. 343 *novies*; CAPOZZI, *Op. cit.*, pág. 1.035; AZZARITI, *Op. cit.*, pág. 309 y VANNI, *Op. cit.*, pág. 6.286.

<sup>1025</sup> VIRGINIA ZAMBRANO, “I presupposti di Diritto”, en *Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione*, CEDAM, 2.013, pág. 74: “*l’ampio spettro applicativo del nuovo strumento di protezione, così come delineato dalla formula dell’art. 404 c.c., consente di ritenere, dunque, che praticamente qualunque disabile possa beneficiare*”.

nombramiento a su favor de un administrador de apoyo<sup>1026</sup>, no podrá ostentar nunca la condición de fiduciario en la sustitución fideicomisaria.

Así lo reconocen, por ejemplo, los autores GENGHINI y CARBONE<sup>1027</sup>, cuando manifiestan que “*es, en cambio, pacífico el hecho de que la norma sea de interpretación restrictiva, y no pueda extenderse a otros casos en los cuales son adoptadas otras medidas de protección, en particular la administración de apoyo*”; o también MORETTI<sup>1028</sup>, quien considera que “*la peculiaridad de la institución del fideicomiso, inducen, en cambio, a considerar que la norma deba ser interpretada restrictivamente y, por ello, a negar que sea aplicable también al beneficiario de la administración de apoyo*”; en la misma línea, CAPAROZZI<sup>1029</sup> argumenta que “*aunque existe alguna voz contraria, parece prevalecer la tesis de que la norma sea interpretada restrictivamente y que por ello, no pueda ser aplicada al beneficiario de la administración de apoyo*”; y por último, FUSARO<sup>1030</sup>, al indicar que “*para la programación sucesoria a favor de los incapacitados nuestro CC, en los arts. 692 y ss., prevé la sustitución fideicomisaria. El límite principal del fideicomiso está, sin embargo, representado por el uso prohibido de la institución por parte de los sujetos que pueden beneficiarse del administrador de apoyo...*”.

Pero las personas beneficiadas de un administrador de apoyo no serán las únicas excluidas como posibles beneficiarios de la sustitución fideicomisaria asistencial, sino que también, se verán privados de ostentar la condición de fiduciarios los *inabilitati*, equivalente en España a los curatelados.

---

<sup>1026</sup> Artículo 4: *Amministratore di sostegno*: “*La persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio*”.

<sup>1027</sup> GENGHINI e CARBONE, *Op. cit.*, pág. 1.268: “*è, invece, pacifico che la norma sia da interpretare restrittivamente, e non possa estendersi ad altri casi in cui siano adottate altre misure di protezione, in particolare l'amministrazione di sostegno*”.

<sup>1028</sup> MORETTI, *Op. cit.*, pág. 1.793: “*la peculiarità dell'istituto del fedecomesso, inducono, tuttavia, a ritenere che la norma debba essere interpretata restrittivamente e, quindi, a negare che sia applicabile anche al beneficiario dell'amministrazione di sostegno*”.

<sup>1029</sup> CAPAROZZI, *Op. cit.*, pág. 1.035: “*nonostante qualche voce contraria, pare prevalere la tesi che la norma debba essere interpretata restrittivamente, e, quindi, non possa essere applicata anche al beneficiario dell'amministrazione di sostegno*”.

<sup>1030</sup> FUSARO, “*Gli atti di destinazione nell'interesse della famiglia e dei disabili*”, en *Rivista di Diritto Privato*, 1/2011, pág. 37: “*per la programmazione successoria a favore degli incapaci il nostro Codice civile, agli artt. 692 ss., prevede la sostituzione fedecommissaria. Il limite principale del fedecomesso è, tuttavia, rappresentato dall'inutilizzabilità per i soggetti sottoposti ad amministrazione di sostegno...*”.

Es decir, que, en Italia, siendo el legislador de 1.975 plenamente consciente de las consecuencias jurídicas de la sustitución fideicomisaria dado que a través de ésta se vulneraba el principio de intangibilidad de la legítima (aunque sólo perjudicaba la legítima del incapacitado, nunca la del resto de herederos forzosos), limitó su alcance, exclusivamente, a favor de las personas tuteladas, quedando por ende totalmente excluidas las curateladas.

#### **4.1.1.- Derechos y obligaciones del fiduciario**

En cuanto a los derechos y obligaciones del instituido-fiduciario, el artículo 693<sup>1031</sup> CC establece que *“el instituido tiene el goce y la libre administración de los bienes que forman el objeto de la sustitución, y puede estar en juicio para todas las acciones relativas a los mismos. Este puede también realizar todas las innovaciones dirigidas a una mejor utilización de los bienes.*

*Al instituido le son comunes en cuanto a su aplicación, las normas concernientes al usufructuario”.*

El legislador italiano, a la hora de regular los derechos y las obligaciones del instituido, huye de definir su posición jurídica, limitándose simplemente a extenderle las normas que conciernen al usufructuario, lo cual sirve al mismo tiempo para reafirmar que el fiduciario y el usufructuario son figuras jurídicas diferentes, ya que una sirve como referente a la otra, y de ahí que no puedan ser la misma figura.

El disfrute que, por tanto, corresponde al fiduciario comprende todas las ventajas que se puedan recabar del uso directo de los bienes objetos del fideicomiso, a parte de la adquisición definitiva de los frutos civiles y naturales derivados de ellos.

A parte, a diferencia de lo que ocurre con el usufructuario, al fiduciario le corresponderán los tesoros encontrados en la herencia fideicomitida, así como los premios u otras utilidades aleatorias producidas por los bienes objeto de fideicomiso.

---

<sup>1031</sup> Artículo 693: *Diritti e obblighi dell'istituto. “L'istituto ha il godimento e la libera amministrazione dei beni che formano oggetto della sostituzione, e può stare in giudizio per tutte le azioni relative ai beni medesimi. Egli può altresì compiere tutte le innovazioni dirette ad una migliore utilizzazione dei beni. All'istituto sono comuni, in quanto applicabili, le norme concernenti l'usufruttuario”.*

El artículo 693 CC consiente, además, al instituido realizar todas las innovaciones dirigidas a una mejor utilización de los bienes, lo que puede llegar a entenderse como cualquier innovación que éste considere oportuno, sin la obligación de mantener el destino económico de los mismos bienes.

El único límite que encuentra el instituido, es el de respetar la expectativa del sustituto fideicomisario, al cual está obligado a restituir los bienes del fideicomiso, al menos, en la misma situación en que se encontraban en el momento de la apertura de la sucesión.

En cuanto a las obligaciones que competen al fiduciario, también el legislador se ha limitado a remitir a las del usufructuario, tal y como se desprende del artículo 693 CC.

Es unánime la doctrina italiana<sup>1032</sup> al considerar que el fiduciario queda obligado, en primer lugar, a redactar un inventario y prestar una adecuada garantía, tal y como prescribe el artículo 1.002 CC en cuanto al usufructuario. Esta disposición encuentra también aplicación sobre el fiduciario ya que es el mismo objetivo el que está persiguiendo la norma en ambos casos: determinar el montante y el estado en el que se encuentran los bienes heredados, para garantizar la obligación de conservación y su posterior restitución.

Además, a raíz de la reforma de 1.975, la obligación de prestar garantía para proteger los intereses del fideicomisario ha tenido mayor relevancia, una vez suprimido el tercer punto del antiguo artículo 693 CC, según el cual, estaba previsto que la autoridad judicial pudiese nombrar un administrador de los bienes fideicomitados en aquellos supuestos en los que el fiduciario estuviese ejerciendo una mala administración de los mismos.

La supresión referida es comprensible debido a que, tras la reforma de 1.975, la única hipótesis de fiduciario admitida es la del incapacitado, estado civil que conlleva que la administración de sus bienes se lleven siempre a cabo por un tutor, el cual se convertirá, entonces, en responsable de la administración de los bienes fideicomitados, sin necesidad de que la autoridad judicial nombre ningún otro administrador con esa misma

---

<sup>1032</sup> TALAMANCA, *Op. cit.*, pág. 362; MORETTI, *Op. cit.*, pág. 1.800; GENGHINI e CARBONE, *Op. cit.*, pág. 1.273; CAPOZZI, *Op. cit.*, pág. 1.041 y PACIA, *Op. cit.*, pág. 581.

finalidad. Así lo entiende TAMBURRINO<sup>1033</sup>, cuando comenta que es lógica la desaparición del último epígrafe del antiguo artículo 693 del CC, ya que “*en la nueva sustitución existe ya un administrador que es o el padre (o padres) que ejercen la potestad sobre el menor, o el tutor del incapacitado, y habría sido inútil, o incluso dañoso, fijar dos administradores*”.

Otra de las obligaciones con las que debe cumplir el fiduciario es con el disfrute de los bienes fideicomitidos con la diligencia de un buen padre de familia, debiendo por ello responder de todos los actos que supongan un perjuicio para el fideicomisario, ya sea por culpa leve o grave, tal y como establece el artículo 1.001<sup>1034</sup> CC en relación con el usufructuario y el nudo propietario.

Así lo entiende la gran mayoría de autores italianos, de entre los que destacan TALAMANCA<sup>1035</sup>, CAPOZZI<sup>1036</sup>, BALESTRA<sup>1037</sup>, PACIA<sup>1038</sup>, GENGHINI y CARBONE<sup>1039</sup>, aunque lo cierto es que también existe alguno que considera que el fiduciario únicamente deberá responder de los actos causados por culpa grave, como es el caso de la autora MORETTI<sup>1040</sup>, para quien “*parece más correcto limitar la responsabilidad del fiduciario sólo a la culpa grave, considerando que la situación de incapacitado conlleva que la herencia deba ser aceptada con beneficio de inventario, descendiendo por ello la limitación de responsabilidad*”.

Otra obligación del instituido es el pago de los gastos que se puedan encontrar en la administración de los bienes fideicomitidos, y a cuyo estudio dedica un apartado concreto TALAMANCA<sup>1041</sup>.

---

<sup>1033</sup> TAMBURRINO, *Op. cit.*, pág. 425: “*l’abrogazione è da approvarsi, perchè nella nuova sostituzione esiste già un amministratore che è o il genitore (o i genitori) esercenti la potestà sul minore o il tutore dell’incapace e sarebbe stato inutile, se non dannoso, prevedere due amministratori*”.

<sup>1034</sup> Artículo 1.001 CC: *Obbligo di restituzione. Misura della diligenza*: “*L’usufruttuario deve restituire le cose che formano oggetto del suo diritto, al termine dell’usufrutto, salvo quanto è disposto dall’articolo 995.*

*Nel godimento della cosa egli deve usare la diligenza del buon padre di famiglia*”.

<sup>1035</sup> TALAMANCA, *Op. cit.*, pág. 364.

<sup>1036</sup> CAPOZZI, *Op. cit.*, pág. 1.041.

<sup>1037</sup> BALESTRA, *Op. cit.*, pág. 1.177.

<sup>1038</sup> PACIA, *Op. cit.*, pág. 581.

<sup>1039</sup> GENGHINI e CARBONE, *Op. cit.*, pág. 1.273.

<sup>1040</sup> MORETTI, *Op. cit.*, pág. 1.800: “*Maggiormente corretto sembra limitare la sua responsabilità alla sola colpa grave, considerato che la sua situazione di interdetto comporta che l’eredità debba essere accettata con beneficio di inventario, dal quale discende tale limitazione di responsabilità*”.

<sup>1041</sup> TALAMANCA, *Op. cit.*, págs. 365-368.

En cuanto a los gastos ordinarios, no hay dudas de que éstos han de ser afrontados por el instituido, ya que están relacionados directamente con el disfrute de los bienes, disfrute asegurado al fiduciario a través del artículo 693 CC.

En cambio, más compleja parece la cuestión del pago de los gastos extraordinarios. En tal caso, se mantiene que la materia destinada a la regulación del usufructo no tiene cabida, ya que las obligaciones que la ley impone al nudo propietario no encuentran comparación con el sustituto-fideicomisario, el cual, a diferencia del nudo propietario respecto al usufructuario, entra en la titularidad de los bienes fideicomitidos sólo a la muerte del instituido, por lo que hasta dicho momento no podrá ser gravado con el pago de cualquier gasto que se refiera a los bienes. Por ello, pesa sobre el instituido el deber de llevar a cabo todas las reparaciones extraordinarias necesarias.

Sin embargo, esto no significa que el instituido quede obligado a soportar el deber económico, ya que éste podrá exigir el reembolso de dichos gastos, en base al artículo 1.006 CC. Eso sí, ya que la atribución de los bienes al sustituto-fideicomisario se realizará a la muerte del instituido-fiduciario, el derecho al reembolso únicamente podrá ser ejercitado por sus herederos.

No podemos acabar nuestro comentario al artículo 693 del CC sin recordar que en este se otorga expresamente al instituido, junto al goce y la libre administración de los bienes hereditarios, la capacidad de asistir a juicio en relación con todas las acciones relativas a los bienes objeto de la sustitución fideicomisaria.

La referida legitimación alcanza únicamente al fiduciario-instituido, ya que mientras éste ostente tal condición, no existirá otro titular de la herencia que pueda proponer y contra quien puedan ser propuestas acciones judiciales. Como titular de un derecho de propiedad, aunque sea “resoluble”, el fiduciario resulta legitimado para ejercer cualquier acción de protección del propio patrimonio, y también aquellas relativas a la propia validez de la sustitución fideicomisaria.

El fiduciario, siendo incapaz, será representado judicialmente por el tutor, que deberá obtener previamente la autorización del juez tutelar prevista en el artículo 374 CC.

Debido a la particular estructura de la sustitución fideicomisaria, hemos de tener en cuenta que el ejercicio de la legitimación procesal activa y pasiva por parte del fiduciario producirá siempre efectos en cuanto al fideicomisario.

Además, el fideicomisario tiene la posibilidad, en base al artículo 105 Código Procesal Civil (en adelante, CPC), de intervenir voluntariamente en el proceso instaurado por el fiduciario sobre la validez de la disposición testamentaria, siendo más que evidente el interés del sustituto-fideicomisario en el devenir de dicho procedimiento.

#### **4.1.2.- Enajenación de los bienes fideicomitidos**

El artículo 694<sup>1042</sup> del CC hace referencia a los poderes de disposición del instituido en relación con los bienes fideicomisarios.

Literalmente recoge que *“La autoridad judicial puede autorizar la enajenación de los bienes que forman el objeto de la sustitución en caso de utilidad evidente, disponiendo el reintegro de las sumas recabadas. Puede también consentir, con las cautelas necesarias, la constitución de hipoteca sobre los mismos bienes con la garantía de destinar los créditos a mejorar y transformar los bienes”*.

Teniendo en cuenta la particular estructura y finalidad de la sustitución fideicomisaria, se puede entender perfectamente que al fiduciario incapacitado le está excluida la posibilidad de disponer libremente de los bienes heredados. Éste, en cuanto titular de un derecho de propiedad “resoluble”, está obligado a tener un comportamiento compatible con su obligación de conservar y restituir a su muerte los bienes fideicomitidos, los cuales están gravados con un vínculo de destino a favor del fideicomisario.

Sin embargo, en el artículo 694 CC se recoge una excepción a la absoluta indisponibilidad de los bienes fideicomitidos, ya que establece que el fiduciario podrá, con la autorización de la autoridad judicial, ejercer actos de enajenación de los mismos bienes sólo en el caso de “utilidad evidente”, la cual será oportunamente valorada por la autoridad judicial, legitimada en base al art. 747<sup>1043</sup> CPC para conceder la autorización, disponiendo también el reintegro de las sumas obtenidas.

---

<sup>1042</sup> Artículo 694 CC: *Alienazione dei beni: “L'autorità giudiziaria può consentire l'alienazione dei beni che formano oggetto della sostituzione in caso di utilità evidente, disponendo il reimpiego delle somme ricavate. Può anche essere consentita, con le necessarie cautele, la costituzione di ipoteche sui beni medesimi a garanzia di crediti destinati a miglioramenti e trasformazioni fondiari”*.

<sup>1043</sup> Artículo 747 CPC: *“L'autorizzazione a vendere beni ereditari si chiede con ricorso diretto al tribunale del luogo in cui si è aperta la successione. Nel caso in cui i beni appartengano a incapaci deve essere sentito il giudice tutelare. Il giudice provvede sul ricorso con decreto, contro il quale è ammesso reclamo a norma dell'articolo 739. Se l'istanza di autorizzazione a vendere riguarda l'oggetto d'un legato*

Tal y como exponen los autores GENGHINI y CARBONE<sup>1044</sup>, “*el término enajenación ha de entenderse en sentido amplio, tanto como para comprender cada acto dispositivo: permuta, aportación a una sociedad o concesión en garantía*”.

En el mismo sentido, los autores LAVIANO y PEPE<sup>1045</sup> consideran que “*con el término enajenación se quiere entender cualquier acto dispositivo llevado a cabo por el fiduciario: por ello, en la previsión de la norma se incluye no sólo la venta, sino también, por ejemplo, la permuta y la aportación de bienes a una sociedad*”.

Pero, ¿qué casos quedarán comprendidos, y cuáles no, en los supuestos de “utilidad evidente”?

Según MORETTI<sup>1046</sup>, “*en cuanto a la posibilidad de que el acto de enajenación venga autorizado, se requiere que el criterio de la “utilidad evidente”, recogido en la norma, deba ser entendido en el sentido de la situación objetiva de los bienes, con la intención de evitar no sólo su disminución, sino también para consentir una correcta conservación, debido a la obligación de restituir a favor del fideicomisario*”.

Es decir, que hablamos de una “utilidad evidente” para la herencia fideicomitida, y no para el fiduciario en sí, ya que la disciplina legislativa está inspirada en la exigencia fundamental de la conservación de los bienes, con idea de que sean restituidos al fideicomisario, lo cual impide el consumo de los mismos por el instituido para sus propias necesidades.

La autoridad judicial, después de haber consentido la enajenación de los bienes, deberá también ordenar el reintegro de las sumas obtenidas a través de la enajenación.

---

*di specie, il ricorso deve essere notificato al legatario*”.

<sup>1044</sup> GENGHINI-CARBONE, *Op. cit.*, pág. 1.272: “*il termine alienazione è da ritenersi in senso ampio, tale da comprendere ogni atto dispositivo: permuta, conferimento in società, concessione in garanzia*”.

<sup>1045</sup> LAVIANO y PEPE, “Artículo 694”, en *Codice Civile illustrato con dottrina, giurisprudenza, schemi, mappe e materiali*, La Tribuna, Piacenza, 2.010, pág. 469: “*con il termine alienazione si vuole intendere un qualsiasi atto dispositivo compiuto dall’istituto: quindi, nella previsione della norma sono compresi non solo la vendita, ma anche, ad esempio, la permuta e il conferimento dei beni in società*”.

<sup>1046</sup> MORETTI, *Op. cit.*, pág. 1.802: “*quanto alla possibilità che l’atto di alienazione venga autorizzato, si precisa come il criterio della “utilità evidente”, espresso nella norma, debba essere inteso nel senso della oggettiva situazione dei beni, tale da evitare non solo una loro diminuzione, ma anche consentirne una corretta conservazione, stante l’obbligo di restituzione a favore del sostituto*”.

La doctrina italiana<sup>1047</sup> es unánime a la hora de entender que el reintegro no consiste únicamente en la adquisición (a través del dinero recaudado en la venta de los bienes fideicomitidos) de otros bienes más productivos para los intereses del sustituto, sino que también puede consistir en la permuta de éstos con otros bienes, en la utilización de las sumas obtenidas para conseguir mejoras, o para pagar el pasivo de la herencia, supuesto este último en el que TALAMANCA<sup>1048</sup> considera que *“la utilidad evidente se dará impidiendo que los acreedores hereditarios agredan, mediante ejecución forzosa, los bienes objeto de la sustitución fideicomisaria”*.

El legislador, por tanto, disponiendo el reintegro de las sumas obtenidas por la enajenación de los bienes fideicomitidos pretende conseguir que el valor de la herencia fideicomitida se mantenga en todo momento, aplicándose, por ende, en tal sentido el principio de subrogación real, tal y como afirman, entre otros, GENGHINI y CARBONE<sup>1049</sup> o TALAMANCA<sup>1050</sup>.

El procedimiento con el fin de obtener la autorización judicial para poder disponer de los bienes fideicomitidos es el previsto en los artículos 747 y 748<sup>1051</sup> CPC, según los cuales, la autorización judicial para proceder a la venta debe solicitarse mediante un recurso al juez de primera instancia, para los bienes muebles, y al tribunal del lugar donde se ha producido la herencia, para los bienes inmuebles. El juez o tribunal decidirá sobre el recurso con un decreto, frente al cual cabrá recurso. Además, tal y como recoge el artículo 748 CPC, la venta deberá producirse en la forma prevista para la venta de los bienes de los menores.

El mismo procedimiento se aplicará también para la autorización a la constitución de hipoteca sobre los bienes fideicomitidos. Al instituido le es consentida, de hecho, esta constitución de hipoteca sobre los bienes objetos de la sustitución, pero sólo cuando los créditos garantizados se destinan a financiar mejoras o transformaciones en los bienes,

---

<sup>1047</sup> Entre otros, citamos a PACIA, *Op. cit.*, pág. 583; GENGHINI-CARBONE, *Op. cit.*, pág. 1.272 y TALAMANCA, *Op. cit.*, págs. 382 y 383.

<sup>1048</sup> TALAMANCA, *Op. cit.*, pág. 383, nota I. *“L’utilità evidente si avrà qui nell’impedire che i creditori ereditari aggrediscano, in via d’esecuzione forzata, i beni oggetto del fedecomesso”*.

<sup>1049</sup> GENGHINI y CARBONE, *Op. cit.*, pág. 1.272;

<sup>1050</sup> TALAMANCA, *Op. cit.*, pág. 383.

<sup>1051</sup> Artículo 748 CPC: Forma della vendita. *“La vendita dei beni ereditari deve compiersi nelle forme previste per la vendita dei beni dei minori. Il giudice, quando occorre, fissa le modalità per la conservazione e il reimpiego del prezzo ricavato”*.

que la autoridad judicial considera posibles y útiles, y siempre que no supongan un gasto alto y desproporcionado.

Para concluir este apartado debemos realizarnos, necesariamente, una pregunta: ¿cuáles serán las consecuencias de haber dispuesto de los bienes fideicomitidos sin autorización judicial?

Tras la reforma del Derecho de Familia de 1.975, lo cierto es que confluye un doble interés al respecto que habría que proteger: la posición del incapacitado representado por su tutor (artículo 377 CC), y del otro la posición del fideicomisario (protegida por el artículo 694 CC), de ahí que la doctrina italiana se decante por la coexistencia de ambas acciones.

En este sentido, BENEDETTI<sup>1052</sup> considera que *“a falta de una norma que resuelva unitariamente el problema, el intérprete no puede hacer otra cosa que tener en cuenta los dos perfiles, con sus relativas calificaciones formales. (...) En defensa del incapacitado está la acción de nulidad, prevista expresamente en el artículo 377 CC; como tutela del fideicomisario, es decir, en cuanto a la integridad del patrimonio, la acción que deriva del artículo 694 CC es de ineficacia relativa”*.

Por su parte MORETTI<sup>1053</sup>, siempre en la misma línea, expone que *“se trata de conciliar la invalidez o la ineficacia derivados del incumplimiento del artículo 694 CC, con la anulabilidad de los actos no autorizados por el tutor (artículo 377 CC). Siendo necesario tener en cuenta los intereses contrapuestos entre el fiduciario y el fideicomisario, parece correcto prever la coexistencia de las dos acciones diversas: la acción de nulidad en apoyo de las razones del incapacitado y la acción de ineficacia en apoyo a las razones del fideicomisario”*.

---

<sup>1052</sup> BENEDETTI, “Articolo 197”, cit., pág. 885: *“in difetto di una norma che risolva unitariamente il problema, l'interprete, non può far altro che tener fermi i due profili, con le relative qualifiche formali. (...) A difesa dell'incapace c'è l'azione di annullamento, espressamente prevista dall'art. 377; a tutela del sostituito, cioè a dire dell'integrità del patrimonio ereditario, l'azione derivante dall'art. 694, che reputo essere d'inefficacia relativa”*.

<sup>1053</sup> MORETTI, *Op. cit.*, págs. 1.081 y 1.082: *“si tratta di conciliare l'invalidità o l'inefficacia conseguente al mancato rispetto dell'art. 694 cod. civ., con l'annullabilità degli atti non autorizzati del tutore (art. 377 cod. civ.). Stante la necessità di tener conto della tutela dei contrapposti interessi dell'istituto e del sostituito, tuttavia, pare maggiormente corretto prevedere la coesistenza di due azioni diverse: l'annullamento a sostegno delle ragioni dell'interdetto e l'azione di inefficacia relativa a sostegno delle ragioni del sostituito”*.

#### 4.1.3.- Derechos de los acreedores personales del fiduciario

El artículo 695<sup>1054</sup> CC, que lleva por título “Derechos de los acreedores personales del fiduciario”, establece que *“los acreedores personales del instituido pueden actuar únicamente sobre los frutos de los bienes fideicomitidos”*.

De este modo, regula directamente las relaciones entre el instituido y sus acreedores personales, y aprecia, indirectamente, una solución a los problemas inherentes al pago de las deudas hereditarias en relación con los bienes fideicomitidos.

De ahí que, en coherencia con la finalidad de la institución, quede excluida cualquier acción por parte de los acreedores del fiduciario contra los bienes objeto de la sustitución fideicomisaria, a excepción de sus frutos, tal y como cuenta MASI<sup>1055</sup>: *“como al fiduciario le corresponden los frutos de los bienes fideicomitidos, es posible que sobre estos actúen en vía ejecutiva sus acreedores personales”*.

Esta independencia de los bienes gravados por la figura fideicomisaria respecto de las obligaciones personales del instituido, conduce a una parte de la doctrina a referirse a la situación jurídica de dichos bienes como “patrimonio separado”. Así por ejemplo lo reconoce CAPOZZI<sup>1056</sup> al indicar que *“los acreedores personales del fiduciario no pueden actuar sobre los bienes objeto de la sustitución fideicomisaria, sino sólo sobre sus frutos. La razón de esta última norma es clara: se trata de evitar que la acción ejecutiva de los acreedores personales del fiduciario puedan perjudicar la expectativa del fideicomisario. Por este motivo, se ha hablado en la doctrina de patrimonio separado”*.

La independencia expuesta rige en cuanto a los acreedores personales del instituido, pero no en relación con los acreedores del *de cuius*, quienes sí podrán actuar

---

<sup>1054</sup> Art. 695 CC: Diritti dei creditori personali dell'istituto. *“I creditori personali dell'istituto possono agire soltanto sui frutti dei beni che formano oggetto della sostituzione”*.

<sup>1055</sup> MASI, “Le sostituzioni”, en *Istituzioni di Diritto Privato*, a cura di Mario Bessone, Ciciottesima edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 2.011, pág. 266: *“poichè all'istituto spettano i frutti dei beni, è possibile che su di essi agiscano in via esecutiva i suoi creditori personali”*.

<sup>1056</sup> CAPOZZI, *Op. cit.*, pág. 1.041: *“i creditori personali dell'istituto non possono agire sul bene capitale oggetto del fedecommesso, ma soltanto sui frutti. La ragione di quest'ultima norma è chiara: si tratta di evitare che l'azione esecutiva dei creditori personali dell'istituto possa deludere l'aspettativa del sostituto. Per questo motivo si è parlato in dottrina di patrimoni separati”*.

directamente contra los bienes fideicomisarios, tal y como reconoce TALAMANCA<sup>1057</sup> cuando afirma que *“del artículo 695 se deduce claramente que los acreedores hereditarios pueden, a diferencia de los acreedores personales del heredero, agredir los bienes gravados con el vínculo fideicomisario”*.

Dicho lo cual, hemos de aclarar que no por reconocer la posibilidad de que los acreedores hereditarios puedan actuar contra los bienes fideicomitidos, estaremos admitiendo también la posibilidad de que éstos puedan dirigirse contra los bienes personales del instituido-fiduciario. De hecho, por regla general, el instituido, dada su condición de incapacitado, habrá aceptado la herencia a beneficio de inventario, por lo que única y exclusivamente responderá frente a este tipo de acreedores con los bienes fideicomitidos, evitando, con ello, tener que responder *ultra vires* de las deudas hereditarias.

Así lo entiende PACIA<sup>1058</sup>, cuando expone que *“los acreedores hereditarios no pueden nunca actuar ejecutivamente sobre el patrimonio personal del fiduciario, el cual intentará cumplir con el dinero recabado con la enajenación de los bienes vinculados a la sustitución fideicomisaria, autorizada en base al artículo 694 CC, o bien con cuanto le haya llegado mediante el fideicomiso y del cual, por su naturaleza de bien consumible, haya adquirido la propiedad. Si, en cambio, el pago viene efectuado con dinero personal, los herederos del fiduciario tendrán derecho a la restitución por parte del fideicomisario aceptante, en virtud de la aplicación directa del artículo 1.203.4 CC”*.

También TALAMANCA<sup>1059</sup> considera que *“el heredero fiduciario puede proceder a la venta de los bienes objeto de la sustitución para cumplir con el pasivo de la herencia,*

---

<sup>1057</sup> TALAMANCA, *Op. cit.*, pág. 370: *“Dall’art. 695 si desume chiaramente che i creditori ereditari possono, a differenza dei creditori personali dell’erede, aggredire i beni gravati del vincolo fedecommissario”*.

<sup>1058</sup> PACIA, *Op. cit.*, pág. 585: *“I creditori ereditari non possono mai agire esecutivamente sul patrimonio personale dell’istituto, il quale provvederà all’adempimento con il denaro ricavato dall’alienazione dei beni vincolati, autorizzata ai sensi dell’art. 694 c.c., ovvero con quanto gli sia pervenuto in fedecommissato e del quale, per la sua natura di bene consumabile, abbia acquistato la proprietà. Se il pagamento viene invece effettuato con denaro personale, gli eredi dell’istituto avranno diritto alla restituzione da parte del sostituto accettante, in virtù della diretta applicazione dell’art. 1.203, n.4”*.

<sup>1059</sup> TALAMANCA, *Op. cit.*, pág. 370. *“L’erede fiduciario dunque può procedere alla vendita dei beni oggetto della sostituzione per l’adempimento delle passività ereditarie, rispettando le forme di cui all’art. 694. Ma egli può procederé anche con mezzi propri al pagamento di tali passività, nel qual caso il sostituto fedecommissario dovrà ai suoi eredi, a norma dell’art. 1.010 2° comma, la restituzione delle somme erógate, con regime analogo a quello delle riparazioni straordinarie”*.

*respetando las formas del artículo 694 CC. Pero también puede proceder al cumplimiento con medios propios al pago de dicho pasivo de la herencia, en cuyo caso el sustituto fideicomisario deberá a sus herederos, en base al artículo 1.010, apartado segundo, la restitución de las sumas dispuestas, con régimen análogo al de las reparaciones extraordinarias”.*

#### **4.2.- El fideicomisario-sustituto**

El fideicomisario, en Italia también sustituto, es el sujeto que tras la muerte del fiduciario hereda los bienes fideicomitidos.

Tras la reforma del Derecho de Familia de 1.975, el fideicomisario es individualizado por la ley en la persona o en el ente que, bajo la vigilancia del tutor, haya cuidado del incapacitado.

Al respecto, el primer punto que necesitamos aclarar es si la designación del beneficiario se hace por ministerio de ley o, por el contrario, será el testador quien libremente designe en su testamento al fideicomisario (o fideicomisarios), imponiéndole, por defecto, la obligación de haber cuidado a su hijo, descendiente o cónyuge incapacitado durante toda su vida, y siempre bajo la vigilancia del tutor.

La doctrina dominante, con la que coincidimos, considera que el fideicomitente-disponente tiene reconocida la posibilidad de designar no sólo el fiduciario-instituido, sino que también podrá elegir libremente el fideicomisario-sustituto en la persona o en el ente que considere más idóneo para prestar un mejor cuidado y asistencia al incapacitado.

Hemos de tener en cuenta que, tal y como afirmamos con anterioridad, la sustitución fideicomisaria está estructurada como figura compleja cuyos elementos esenciales son, tanto el cuidado del incapacitado, como la voluntad del testador.

La importancia de la voluntad del testador dentro de la sustitución fideicomisaria italiana se acredita con el hecho de que prestar el cuidado necesario a un incapacitado no lleva aparejada la condición de fideicomisario, sino que ésta depende única y exclusivamente de la voluntad del testador.

Por ello, se llega a la conclusión de que en Italia no rige la sustitución fideicomisaria legal, aunque nada obsta a que el causante la establezca, y de ahí, que haya de estarse siempre a la intención del testador a la hora de fijar los fideicomisarios, pudiendo éste haber designado a alguien en concreto como fideicomisario, o simplemente a aquéllos (sin especificar) que hayan cuidado del incapacitado.

Así lo entiende la gran mayoría de la doctrina italiana, teniéndose como referente a BENEDETTI<sup>1060</sup>, cuando indica que *“la disciplina en examen no puede ser considerada como negación total a la autonomía del testador, en el sentido que este, una vez dispuesta la sustitución fideicomisaria, no podría determinar nada más, ya que el nombramiento del fideicomisario sería operada ya de forma inderogable por la ley. (...) Aunque ciertamente la fórmula legal es admitida a la hora de elegir al fideicomisario, no por ello ha de entenderse que sea esta la única posibilidad admitida en el sistema con la reforma. (...) Conviene recordar que la nueva disciplina del fideicomiso es considerado una figura compleja, en cuyo contexto deben coexistir equilibradamente dos momentos: la voluntad del autor y el hecho de cuidar del incapacitado; el segundo momento se une, no lo sustituye, al primer momento”*.

Junto al mencionado autor, dentro esta corriente doctrinal mayoritaria destacan otros como AZZARITI<sup>1061</sup>, quien entiende que *“parece obvio que sea normalmente el testador quien designe al fideicomisario, es decir, a la persona o al ente que deberá cuidar al incapacitado, haciendo después de la muerte del incapaz suyos los bienes objeto de la sustitución fideicomisaria. Pero el testador también podría disponer de los bienes a favor del incapacitado con cláusula fideicomisaria a favor de aquellos que hayan cuidado y asistido al incapacitado”*.

---

<sup>1060</sup> BENEDETTI, “Articolo 197”, cit., págs. 892 y 893: *“la disciplina in esame non può essere intesa come totale negazione dell'autonomia del testatore, nel senso che questi, una volta disposta la sostituzione fedecommissaria, non potrebbe determinare altro, perchè l'individuazione del sostituito sarebbe già operata inderogabilmente dalla legge. (...) Se è certamente ammessa, per l'individuazione del sostituito, non è tuttavia questa l'unica possibilità consentita dal sistema introdotto con la riforma. (...) Torna utile ricordare che rappresenta la nuova disciplina del fedecommissario con il concetto di fattispecie complessa, nel cui contesto devono stare, in equilibrata coesistenza, due momenti: la volontà dell'autore e il fatto della cura dell'incapace; il secondo elemento si aggiunge, non si sostituisce, al primo”*.

<sup>1061</sup> AZZARITI, Op. cit., pág. 310: *“sembra ovvio che sia normalmente il testatore a designare il sostituito, e cioè la persona o l'ente che dovrà aver <<cura>> dell'interdetto, facendo poi alla morte dell'incapace propri i beni nei quali il detto incapace era stato istituito, con la clausola della sostituzione fedecommissaria. Ma potrebbe il testatore anche solo disporre il conferimento dei beni all'interdetto con clausola fedecommissaria a favore di colui che lo avrà avuto in cura ed assistenza”*.

Por último, también CAPOZZI<sup>1062</sup> manifiesta al respecto que “*es preferible la tesis prevaleciente, la cual reconoce al testador el poder de designación consintiendo, al mismo tiempo, indicar a una persona determinada, o designar al fideicomisario in certam personam, que supone decir genéricamente a la persona (o las personas) que presten el cuidado necesario a los incapacitados. (...) En otros términos, el testador podrá disponer: <<Instituyo heredero a mi hijo (incapacitado) Caio con la obligación de conservar y restituir a su muerte los bienes hereditarios a favor de mi amigo Sempronio que cuidará de él>>, o también <<...a favor de aquella persona que se encargue de él>>.*”

En cuanto al tipo de cuidado que el fideicomisario ha de tener respecto a la persona incapacitada, no existen dudas de que la norma se refiere a un cuidado continuado en el tiempo.

En este sentido se expresa TALAMANCA<sup>1063</sup>, al afirmar que “*cuando esta continuidad falta, de modo que la asistencia prestada se presenta como ocasional, esta no integrará, a los fines del 3º epígrafe del artículo que examinamos, el <<cuidado>> del incapacitado, aunque se preste desinteresadamente*”; y también los autores FINOCCHIARO A. y FINOCCHIARO M.<sup>1064</sup>, cuando indican que “*obviamente, el cuidado del incapacitado debe tener el carácter de la continuidad*”.

Como sabemos, el artículo 692 CC, al determinar a los posibles fideicomisarios, menciona o bien a una persona física (a cualquiera, no ha de ser necesariamente un familiar del fiduciario), o bien a entes, pero a la hora de dirigirse a éstos, el legislador no especifica a qué tipo de entes se refiere, y de ahí que mientras la vieja disciplina contemplaba únicamente como posibles fideicomisarios a los entes públicos, la redacción actual del artículo 692 CC ya no exige dicha característica, pudiéndose tratar entonces de cualquier tipo de ente, ya sea público o privado, reconocido o no como

---

<sup>1062</sup> CAPOZZI, *Op. cit.*, pág. 1.042: “*è preferibile la tesi prevalente, la quale riconosce al testatore il potere di designazione consentendogli, nello stesso tempo, sia di indicare una persona determinata, sia di designare il sostituto in certam personam, vale a dire genericamente nella persona (o nelle persone) che si prenderà cura dell'incapace. (...) In altri termini, il testatore potrà così disporre: <<Istituisco erede mio figlio (interdetto) Caio con l'obbligo di conservare e restituire alla sua morte i beni ereditari a favore del mio amico Sempronio che avrà cura di lui>> ovvero <<...a favore di quella persona che si prenderà cura di lui>>*”.

<sup>1063</sup> TALAMANCA, *Op. cit.*, pág. 343 quinques: “*quando questa continuità manchi, di modo che l'assistenza prestata si presenti come contingente, occasionale, essa non integrerà, ai fini del 3º comma dell'articolo in esame, la <<cura>> de' interdetto, anche se venga prestata desinteresadamente*”.

<sup>1064</sup> FINOCCHIARO A. e FINOCCHIARO M., *Op. cit.*, pág. 2.396: “*ovviamente la <<cura>> dell'interdetto deve avere il carattere della continuità*”.

persona jurídica al momento de abrirse la sucesión, tal y como afirma la doctrina italiana de forma “casi unánime”.

Por ejemplo BENEDETTI<sup>1065</sup>, que afirma que “*el nuevo texto, a diferencia del precedente que hablaba de ente público, no junta al sustantivo ningún predicado. Así son superados, o mejor eliminados, los problemas que se ponían en el pasado para determinar el área de la categoría, ya que el adjuntar el adjetivo más que aclarar la hacía más incierta*”; igualmente MORETTI<sup>1066</sup> expone que “*en aquello que concierne a la sustitución a favor de los entes, la ausencia de cualquier especificación ha llevado a entender que pueda ser fideicomisario cualquier ente, con o sin personalidad jurídica, público, privado o de interés público*”; BALESTRA<sup>1067</sup>, por su parte, comenta que “*en cuanto al ente no se exige más que se trate de un ente público; ni es necesario que tenga personalidad jurídica, ni siquiera que exista al momento de la apertura de la sucesión*”; también CAPOZZI<sup>1068</sup>, considera que “*el ente no debe ser necesariamente público, tal y como prescribía el art. 692, apartado 1, antes de la reforma: puede ser una persona jurídica privada o también un ente de hecho*”; o PACIA<sup>1069</sup>, quien indica que “*es opinión dominante que cualquier ente, tenga o no personalidad jurídica, sea público o privado, pueda ser destinatario de la sustitución; en particular, también los entes que persiguen fines de lucro en el cuidado de los incapacitados y los entes públicos cuya finalidad es la actividad asistencial, como los manicomios. Puede tratarse, incluso, de entes que todavía no existan al momento de la apertura de la sucesión*”.

---

<sup>1065</sup> BENEDETTI, “Articolo 197”, cit., pág. 894: “*Il nuovo testo, a differenza dal precedente che parlava di ente pubblico, non aggiunge al sostantivo alcun predicat. Sono così superati, o meglio eliminati, i problema che si ponevano in passato per determinare l'area della categoria che l'aggiunta dell'aggettivo invece di precisare rendeva più incerta*”.

<sup>1066</sup> MORETTI, *Op. cit.*, pág. 1.796: “*Per quanto concerne, poi, la sostituzione a favore di enti, l'assenza di ogni specificazione ha indotto a ritenere che possa essere sostituito qualsiasi ente, con o senza personalità giuridica, pubblico, privato o d'interesse pubblico*”.

<sup>1067</sup> BALESTRA, *Op. cit.*, pág. 1.177: “*Quanto all'ente non si richiede più che si tratti di ente pubblico; né è necessario che abbia la personalità giuridica, né addirittura che già esista al momento dell'apertura della successione*”.

<sup>1068</sup> CAPOZZI, *Op. cit.*, pág. 1.042: “*L'ente non deve necessariamente essere pubblico, come prescriveva l'art. 692, 1° comma, prima della riforma: può essere una persona giuridica privata o anche un ente di fatto*”.

<sup>1069</sup> PACIA, *Op. cit.*, pág. 561: “*È opinione dominante che qualsiasi ente, fornito o no de personalità giuridica, pubblico o privato, possa essere destinatario della sostituzione; in particolare, anche gli enti che perseguono fini di lucro nella cura degli incapaci e gli enti pubblici istituzionalmente addetti ad attività assistenziali, quali i manicomi. Può trattarsi anche di ente non ancora esistente al momento di apertura della successione*”.

Sin embargo, cuando hacíamos referencia a que, en esta cuestión la doctrina italiana era “casi unánime”, es porque tenemos en cuenta que TALAMANCA<sup>1070</sup>, quien, reiteramos, es uno de los referentes en la materia objeto de estudio, lleva a cabo distinciones entre algunos entes que pueden ser designados fideicomisarios y otros que no. Por ejemplo, excluye de la sustitución fideicomisaria a las clínicas privadas que con ánimo de lucro gestionen el cuidado de enfermos, mientras que, al mismo tiempo, sí considera dentro de la sustitución fideicomisaria aquellas personas físicas que fuera de un ente privado, se dediquen a cuidar enfermos, incluso, cobrando por ello. También excluye como ente fideicomisario aquéllos de cuya organización forme parte el incapacitado, como, por ejemplo, una orden religiosa. Y, por último, aunque incluye la categoría de ente público dentro de los entes fideicomisarios, excluye aquéllos que tienen el deber institucional de cuidar a este tipo de personas, como los manicomios.

Eso sí, la oposición que autores como BENEDETTI<sup>1071</sup>, MORETTI<sup>1072</sup> o FINOCCIARO A. y FINOCCHIARO M.<sup>1073</sup>, muestran frente al pensamiento de TALAMANCA, no viene más que a reafirmar la realidad anteriormente expuesta, que no es otra que la posibilidad, tras la reforma del CC de 1.975, de que el fideicomisario sea cualquier tipo de ente, ya sea jurídico o no, público o privado, porque en la ley no se incluyen elementos para penalizar a aquéllos que desarrollen su actividad con finalidad lucrativa, ni nada impide que dichos entes no puedan ser posteriormente incentivados por el cuidado del incapacitado.

Las dudas existentes respecto a los posibles fideicomisarios no terminan aquí, ya que el artículo 692 del CC reconoce que el cuidado del incapacitado por parte del fideicomisario deberá ejercerse bajo la vigilancia del tutor. Al respecto, la doctrina italiana se plantea: ¿podrán ser designados los cargos de tutor y de fideicomisario en una misma persona?

Al respecto existen dos corrientes doctrinales claramente diferenciadas.

La primera es la de los autores que consideran que el tutor y el fideicomisario de un incapacitado no pueden ser la misma persona o el mismo ente, ya que, como bien refleja el artículo 692 del CC, el cuidado del incapacitado al que queda obligado el

---

<sup>1070</sup> TALAMANCA, *Op. cit.*, págs. 343 *quater e quinquies*.

<sup>1071</sup> BENEDETTI, “Articolo 197”, *cit.*, pág. 894.

<sup>1072</sup> MORETTI, *Op. cit.*, pág. 1.796.

<sup>1073</sup> FINOCCIARO A. - FINOCCHIARO M., *Op. cit.*, pág.2.398, nota al pie 39.

fideicomisario deberá ser supervisado por el tutor, del cual dependerá, por tanto, que, finalmente, el fideicomisario pase o no a heredar los bienes fideicomitidos.

Por ello, los autores que se posicionan en esta corriente se cuestionan cómo comprobar entonces que el fideicomisario efectivamente cuidó del incapacitado como debía hacerlo, si la persona que debe controlar tal cuestión es la misma que debe prestar el cuidado, o dicho de otra forma, si nadie lo ha controlado.

Dentro de esta posición destacan autores como AZZARITI<sup>1074</sup>, cuando indica que “*a nosotros no nos parece posible que sea el propio tutor quien asuma el deber de cuidar del incapacitado, (...) ya que el cuidado del incapacitado debe ser desarrollado bajo la vigilancia del tutor, y de ser ejercitado por éste directamente, reduciría la posibilidad de que sean otros los que vigilen y controlen*”.

FINOCCHIARO A. y FINOCCHIARO M.<sup>1075</sup>, por su parte consideran que “*estando al tenor literal de la norma, parecería excluido, en la hipótesis en la que haya sido el tutor quien ha cuidado del incapacitado, que el mismo pueda ser designado fideicomisario. Salvo que se quiera interpretar la norma en el sentido de que, al abrirse la sucesión, es nombrado fideicomisario este tutor, el cual, para poder, a la muerte del incapacitado, beneficiarse de la herencia, deberá renunciar al cargo de tutor*”.

Mientras que para LAVIANO y PEPE<sup>1076</sup>, “*la hipótesis de que el tutor pueda ser designado fideicomisario, si esta ha cuidado del incapacitado, sería excluida en base al tenor literal de la norma, y a la consideración de que en tal caso coincidirían en la misma persona, el papel de controlador y controlado*”.

---

<sup>1074</sup> AZZARITI, *Op. cit.*, pág. 310: “*e non sembra poi a noi possibile che sia proprio il tutore ad assumere il compito di avere cura dell'interdetto, (...) ma perchè quella <<cura>> deve essere svolta sotto la vigilanza del tutore, sì che ove esercitata da lui direttamente, farebbe venir meno la possibilità che vi sia altri che vigili e controlli*”.

<sup>1075</sup> FINOCCHIARO A. e FINOCCHIARO M., *Op. cit.*, pág. 2.396: “*stante il tenore letterale della norma, pertanto, apparirebbe escluso, nell'ipotesi in cui sia stato il tutore ed avere cura dell'interdetto, che lo stesso possa essere nominato sostituto. Salvo a volere interpretare la norma nel senso che, apertasi la successione, e nominato sostituto il tutore questi, per poter, alla morte dell'interdetto, beneficiare dell'eredità, debba rinunciare all'ufficio*”.

<sup>1076</sup> LAVIANO e PEPE, *Op. cit.*, pág. 467: “*l'ipotesi che il tutore possa essere designato sostituto, se questi abbia avuto cura dell'interdetto, sarebbe da escludere in base al tenore letterale della norma, e alla considerazione che vi sarebbe in tal caso coincidenza, nella stessa persona, del ruolo di controllore e di controllato*”.

Justo en la otra corriente doctrinal, que parece ser la mayor y prevaleciente, se posicionan, entre otros autores, TALAMANCA<sup>1077</sup>, cuando al preguntarse por qué no el tutor que cuida del incapacitado va a poder ser fideicomisario, manifiesta que “*esta consecuencia sería, a mi entender, excesiva*”;

BENEDETTI<sup>1078</sup> considera que “*se excluye que la ley identifique el cuidado del incapacitado con la actividad institucional del tutor, pero no excluye sin embargo, que puede ser prestada por el tutor. Por esto podrá beneficiarse del efecto fideicomisario. La singular circunstancia de la coincidencia en la misma persona de las dos funciones, una de las cuales la ley expresamente superpone a la vigilancia de la otra, impone todavía mayores cautelas*”.

MORETTI<sup>1079</sup>, tras exponer los motivos de la corriente doctrinal negativa, acaba exponiendo que “*no parece, sin embargo, que dichos motivos sean suficientes para excluir la posibilidad de que el tutor que haya cuidado del incapacitado, pueda beneficiarse de la sustitución*”;

BALESTRA<sup>1080</sup> por su parte, indica que la doctrina dominante replica a la opinión negativa “*observando que, por un lado, se pondría en riesgo la sustitución fideicomisaria por el simple hecho ignorado por el testador, de que el fideicomisario sea el tutor en el momento de la apertura de la sucesión, y por otro lado, no debe preocupar el conflicto de intereses estando limitado el número de los actos de gestión discrecional del patrimonio fideicomitado*”.

---

<sup>1077</sup> TALAMANCA, *Op. cit.*, pág. 343 *septides*: “*deve ciò intendersi nel senso che il tutore, il quali eserciti in proprio la <<cura>> dell'interdetto non possa beneficiare della sostituzione fedecommissaria ai sensi del I° comma dell' articolo in esame?*

*L' illazione sarebbe, a mio avviso, eccessiva*”.

<sup>1078</sup> BENEDETTI, *Op. cit.*, págs. 893 y 894: “*questa distinzione, se esclude che la legge identifichi la cura dell'incapace con l'attività istituzionale del tutore, non esclude tuttavia che in concreto essa possa essere apprestata da questi. Che perciò porrà beneficiare dell'effetto sostitutivo. La singolare circostanza della coincidenza nella stessa persona delle due funzioni, una delle quali la legge espressamente sottopone alla vigilanza dell'altra, impone tuttavia maggiori cautele.*

<sup>1079</sup> MORETTI, *Op. cit.*, pág. 1.797: “*non pare, tuttavia, che tali motivazioni siano sufficienti ad escludere che anche lo stesso tutore, qualora si sia preso cura dell'incapace, possa beneficiare della sostituzione*”.

<sup>1080</sup> BALESTRA, *Op. cit.*, pág. 1.178: “*la dottrina dominante replica osservando che da un lato si rischia di far venir meno la sostituzione per il semplice fatto eventualmente ignorato dal testatore, che il sostituto sia in concreto tutore al momento dell'apertura della successione, dall'altro non ci si deve preoccupare del conflitto di interesse stante il numero normalmente limitato degli atti di gestione discrezionale del patrimonio fedecompresso*”.

También dentro de esta corriente “positiva” de autores se encuentra CAPOZZI<sup>1081</sup>, para el que *“la tesis positiva, seguida de la doctrina prevaleciente, puede aceptarse, no porque las funciones de cuidado y vigilancia puedan coincidir en la misma persona, sino porque la segunda función (la de vigilancia) será ejercitada, en base al primer párrafo del artículo 360, por el protutor, que representa al incapacitado en los casos en los que el interés de éstos está en oposición con el interés del tutor”*.

O por último, los autores GENGHINI y CARBONE<sup>1082</sup>, que entienden que *“fideicomisario podrá ser, según la doctrina, también el tutor evitándose el conflicto de intereses entre la expectativa de la sustitución y la verificación de haber prestado la asistencia; con el recurso a la figura del protutor la vigilancia sobre el cuidado del fiduciario será ejercitada por este último”*.

Una vez expuesto lo anterior nosotros nos planteamos lo siguiente: ¿pero por qué permitir la existencia de este conflicto de intereses entre las figuras del tutor y la del fideicomisario que puede derivar en la intervención de un juez o un protutor<sup>1083</sup>? ¿No sería más lógico prevenir dichos conflictos prohibiendo desde el principio que tutor y fideicomisario sean la misma persona, consiguiéndose, con ello, que la actuación del fideicomisario esté supervisada en todo momento, tal y como, a nuestro parecer, exige la norma?

En nuestra opinión, de permitirse la coincidencia del cargo de tutor con la condición de fideicomisario, no sólo se estaría perjudicando al propio incapacitado (al que el fideicomisario puede no cuidar como debiera, ya que nadie supervisa cómo lo hace), sino también a los legitimarios del testador, a los cuales se les estaría obligando a soportar los siguientes perjuicios:

a.- Tener que controlar ellos mismos el cuidado y la asistencia que el fideicomisario-tutor estuviese dando al incapacitado, ya que si no nadie lo haría.

---

<sup>1081</sup> CAPOZZI, *Op. cit.*, pág. 1.042: *“la tesi positiva, seguita dalla dottrina prevalente, può accetarsi, non perché le funzioni di cura e di vigilanza possono coincidire nella stessa persona, ma perché la seconda funzione sarà esercitata, in base al 1° comma dell’art. 360, dal protutore, che rappresenta l’incapace nei casi in cui l’interesse di questi è in opposizione con l’interesse del tutore”*.

<sup>1082</sup> GENGHINI y CARBONE, *Op. cit.*, pág. 1.268: *“sostituto può essere, invece, la persona o l’ente che dell’istituto abbia avuto cura. La persona può essere chiunque, secondo la dottrina anche il tutore, scongiurandosi il conflitto d’interessi tra l’aspettativa di sostituzione e la verifica della prestazione assistenziale.; con il ricorso alla figura del protutore la vigilanza sulla cura dell’istituto sarà esercitata de quest’ultimo”*.

<sup>1083</sup> Figura regulada por el artículo 360.1 CC para representar al menor en los casos en los que exista conflicto de intereses con su tutor.

b.- Una vez comprobado que el fideicomisario-tutor no está cumpliendo con sus obligaciones, tendrían que acudir al juzgado a solicitar auxilio judicial o el nombramiento de un protutor.

¿Acaso no se encuentran ya suficientemente gravados los legitimarios del incapacitado al verse privados de la legítima de éste (siempre y cuando el fideicomisario cumpla sus obligaciones), como para tener que soportar, además, nuevos perjuicios al respecto?

Por todo ello, nos posicionamos en el mismo sentido que lo hace la corriente doctrinal “negativa” y minoritaria de aquellos autores que consideran que los cargos de tutor y de fideicomisario deben recaer en personas o entes diferentes.

#### **4.2.1.- Situación jurídica del fideicomisario-sustituto antes y después de la muerte del instituido**

A diferencia de lo que ocurre en España, donde no se determina ningún momento concreto en el que ha de producirse la delación de la herencia del fiduciario al fideicomisario, en Italia sí que se produce tal fijación al expresar el artículo 696<sup>1084</sup> del CC en su apartado primero que “*la herencia se entrega al fideicomisario a la muerte del fiduciario*”.

Por tanto, con la muerte del fiduciario se abre la segunda fase de la sustitución fideicomisaria, caracterizada, precisamente, por la entrega al fideicomisario de la herencia fideicomitada, la cual será recibida por éste en calidad de heredero directo del testador, al ser, tanto el suyo como el del fiduciario, llamamientos inmediatos a la herencia, si bien el fideicomisario, a diferencia del fiduciario, una vez llamado, pasa a convertirse en el titular definitivo de la misma.

---

<sup>1084</sup> Artículo 696 CC: *Devoluzione al sostituto*. “*L’eredità si devolve al sostituto al momento della morte dell’istituto*.”

*Se le persone o gli enti che hanno avuto cura dell’incapace muoiono o si estinguono prima della morte di lui, i beni o la porzione dei beni che spetterebbe loro è devoluta ai successori legittimi dell’incapace”.*

TALAMANCA<sup>1085</sup>, en este sentido, indica que “*el sustituto fideicomisario es heredero del testador y sucesor del primer llamado: esto es, sucede al primer llamado en la posición de heredero del testador*”.

La delación de la herencia a favor del fideicomisario podríamos considerarla como indirecta y condicionada al mismo tiempo. Indirecta en cuanto a que, para poder producirse, es necesario primero que la delación sea realizada a favor del instituido, y segundo, que el fideicomisario sobreviva al fiduciario. Y es condicionada porque en base al artículo 692 del CC, el fideicomisario deberá sobrevivir al fiduciario, y haberle prestado a éste el cuidado y asistencia exigidos por el legislador. Sólo cuando cumpla con dichas condiciones, la delación a su favor se hará efectiva.

Pero, ¿cuál es la situación jurídica del fideicomisario antes de muerte del fiduciario?

Tal y como describe CAPOZZI<sup>1086</sup>, la doctrina dominante, antes de la reforma del Derecho de Familia, afirmaba que la situación jurídica del fideicomisario, en la fase que precede a la muerte del fiduciario, daba lugar a una expectativa jurídica, apoyándose esta opinión dominante en el tercer párrafo del artículo 693 CC, que, entonces, otorgaba tutela al fideicomisario para pedir al fiduciario, como medida cautelar, el nombramiento de un administrador judicial.

Tras dicha reforma, en cambio, con la apertura de la sucesión el fideicomisario goza de una posición jurídicamente relevante, incluso, desde antes del fallecimiento del fiduciario, consistente en la obligación de curar y asistir al incapaz, bajo la vigilancia del tutor.

Tal y como exponen GENGHINI y CARBONE<sup>1087</sup>, la asistencia o el cuidado que debe prestar el fideicomisario más que una obligación ha de interpretarse como un gravamen, ya que el incumplimiento de dicho cometido no supone ninguna sanción, sino que, simplemente, el fideicomisario, por incumplir, deja de beneficiarse de una ventaja que estaba reservada para él.

---

<sup>1085</sup> TALAMANCA, *Op. cit.*, pág. 387: “*Il sostituto fedecommissario è quindi erede del testatore e successore del primo chiamato: cioè succede al primo chiamato nella posizione di erede del testatore*”.

<sup>1086</sup> CAPOZZI, *Op. cit.*, pág. 1.043.

<sup>1087</sup> GENGHINI y CARBONE, *Op. cit.*, pág. 1.275.

También lo entiende así CAPOZZI<sup>1088</sup>, quien, además, indica que *“en el concepto de cuidado va incluida no sólo la asistencia material (alojamiento y comida, alquiler, cuidados médicos...), sino también morales y espirituales. Es más, este último tipo de asistencia tiene particular relevancia porque debe ser prestada directamente por el fideicomisario, mientras que la asistencia material podría ser, al menos en parte, prestada por medio de otras personas (por ejemplo, una clínica privada, o una casa de cuidados)”*.

Eso sí, como es lógico, en el caso en el que el sustituto fideicomisario no cumpla con las obligaciones de cuidado y asistencia del incapacitado, la sustitución fideicomisaria se convierte en ineficaz, con la consecuencia de que el instituido-fiduciario adquiere la plena y definitiva titularidad de los bienes heredados desde la apertura de la sucesión, perdiendo, por tanto, el fideicomisario cualquier expectativa de heredar al causante a la muerte del fiduciario.

Tal caso no rige en los supuestos en los que haya una pluralidad de fideicomisarios, donde la violación de sus obligaciones por parte de uno de ellos no puede ir en perjuicio de los otros que sí hayan cumplido con sus obligaciones, por lo que dicho incumplimiento únicamente conllevará la reducción de la devolución de la herencia sólo en la parte que beneficie al fideicomisario que incumple, y nunca en la de los demás.

Igualmente, siendo titular de esta posición jurídicamente relevante durante la vida del fiduciario, el fideicomisario podrá provocar la remoción de oficio del tutor que administre mal el patrimonio en fideicomiso, en base al 384 CC.

Doctrinalmente se ha discutido si dentro de estos poderes que corresponden al sustituto fideicomisario antes de la muerte del fiduciario, deberían o no quedar incluidos los de aceptar la herencia y disponer de los bienes fideicomitidos.

Para CAPOZZI<sup>1089</sup>, *“es preferible la tesis negativa, porque se opone una razón de técnica jurídica: la imposibilidad para el fideicomisario de aceptar la herencia antes de*

---

<sup>1088</sup> CAPOZZI, *Op. cit.*, pág. 1.045: *“Nel concetto di cura va compresa non solo l’assistenza materiale (vitto, alloggio, cure mediche, ecc.), ma anche quella morale e spirituale. Anzi, quest’ultima cura ha particolare rilevanza perchè deve essere prestata direttamente dal sostituto, mentre quella materiale potrebbe, almeno in parte, essere attuata a mezzo di altre persone (si pensi ad una clinica privata, ad una casa di cura).*

<sup>1089</sup> CAPOZZI, *Op. cit.*, pág. 1.044: *“È preferibile la tesi negativa, perché si opone una ragione di tecnica giuridica: l’impossibilità per il sostituto di accettare l’eredità prima della morte dell’istituto in quanto prima si questo evento, come si è precedentemente chiarito, non vi è delazione a suo favore”*.

*la muerte del fiduciario ya que antes de dicho momento no se ha producido la delación a su favor”.*

Igualmente para TALAMANCA<sup>1090</sup>, *“la solución debe ser negativa en ambos casos: en cuanto a la aceptación por parte del sustituto fideicomisario no debo más que referirme a lo precedentemente dicho sobre la imposibilidad de considerarse válida una aceptación en base a una delación que todavía no se ha producido, como en el caso de la delación condicional.*

*Por otra parte, dado el carácter sucesorio de la adquisición del sustituto en comparación con el instituido, cuya sucesión todavía no se ha abierto, se debe excluir que el segundo llamado pueda disponer de los bienes objeto de la sustitución antes de la muerte del heredero fiduciario”.*

Además, no debemos olvidar que la delación al sustituto está bajo la *conditio iuris* de la supervivencia al fiduciario, condición que, únicamente, se dará una vez muerto este último; por ello, sólo en este momento surge para el fideicomisario el derecho de aceptar la herencia, y, por ende, sólo desde entonces consideramos que el fideicomisario podría disponer de los bienes fideicomitados, ya que, volvemos a reiterar, cabe la opción de que el fideicomisario, bien por no haber cuidado al incapacitado, o bien por haberle premuerto, no llegue a heredar al *de cuius*.

Es, precisamente, a la muerte del fiduciario, y sólo en dicho momento, cuando el fideicomisario, que, hasta entonces, se encontraba cuidando al incapacitado, pasa a convertirse en heredero definitivo del causante.

Así lo establece el artículo 696 CC, que se titula *“Devolución al fideicomisario”*, y que en su párrafo primero establece que *“la herencia se devuelve al fideicomisario al momento de la muerte del fiduciario”*.

El sustituto fideicomisario se convierte con la aceptación, en “heredero definitivo” del testador, entrando, con dicho carácter, en la titularidad de las situaciones jurídicas transmisibles. De hecho, en nuestra opinión, es a partir de tal momento cuando el

---

<sup>1090</sup> TALAMANCA, *Op. cit.*, págs. 390 y 391: *“a me sembra che, invece, la soluzione debba essere negativa in entrambi i casi: per quanto riguarda l'accettazione da parte del sostituto fedecommissario, non debbo che richiamarmi a quanto ho precedentemente detto sull'impossibilità di compiere una valida accettazione in base ad una delazione non ancora avveratasi, come nel caso della delazione condizionale”*.

fideicomisario podrá aceptar la herencia fideicomitida e, incluso, enajenar los bienes que la componen.

#### **4.2.2.- Efectos de la premoriencia del fideicomisario al fiduciario en la sustitución fideicomisaria asistencial**

El artículo 696 del CC, antes de la reforma de 1.975, exponía literalmente en sus párrafos dos y tres: *“Si la sustitución es a favor de los hijos del fiduciario y éste muere sin dejar prole, los bienes se transmiten a sus sucesores legítimos o testamentarios.*

*Si la sustitución es a favor de un ente público, y el ente se extingue antes de la muerte del fiduciario, éste adquirirá definitivamente la propiedad de los bienes”.*

Ambos párrafos fueron suprimidos tras la citada reforma por otro, del cual se desprende sustancialmente la misma regla, ya que, en la actualidad, el artículo 696 del CC en su segundo y último párrafo establece que: *“Si la persona o los entes que han cuidado del incapacitado mueren o se extinguen antes de la muerte de éste, los bienes o la porción de los bienes que a estos correspondiese será devuelta a los sucesores legítimos del incapacitado”.*

Lo que sucede, en tal supuesto, con la institución italiana coincide con la institución española ordinaria, donde siempre que la sustitución fideicomisaria sea condicional, en los supuestos en los que el fideicomisario premuera al fiduciario, heredarán a éste sus propios herederos forzosos, y no los del fideicomisario, ya que la condición que había establecido el testador no llegó a cumplirse<sup>1091</sup>.

En el supuesto italiano sucede exactamente lo mismo, ya que nos encontramos frente a una sustitución fideicomisaria condicional, o mejor dicho, doblemente condicional (el fideicomisario sólo heredará cuando cuide del incapacitado fiduciario bajo la vigilancia del tutor, y siempre y cuando le sobreviva), y de ahí que si el fideicomisario falleciese antes que el fiduciario, no se habrá cumplido la condición impuesta por el testador y, por ende, la delación a favor del fideicomisario no deberá surtir efecto.

---

<sup>1091</sup> Repárese en que, en este sentido, se asemeja la institución asistencial a la ordinaria española (figura totalmente prohibida en Italia), que no a la especial, que, como sabemos, es la que finalmente compararemos con la figura italiana por tener ambas el mismo objeto.

Por su parte, la sustitución fideicomisaria especial española no es condicional, por lo que, en tal supuesto, el fideicomisario aunque premuera al fiduciario, adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del causante, transmitiendo, desde entonces, su derecho a sus herederos (artículo 784 del C.c.).

En este sentido, cuenta TAMBURRINO<sup>1092</sup> que “*la hipótesis en la que el fideicomisario no exista al momento de la muerte del fiduciario está regulada en base a la nueva ratio de la institución, en el sentido que si la persona fideicomisaria muere antes que el incapacitado, o si el ente fideicomisario se extingue antes de la muerte del incapacitado, la herencia que les correspondería se devuelve a los sucesores legítimos del incapacitado*”.

Aunque pueda parecer contrario a la lógica y a la justicia, la premoriencia del fideicomisario al fiduciario supondrá que aquél que haya cuidado del fiduciario (a veces, durante gran parte de su vida) no se beneficiaría en nada por el cuidado prestado, heredándole en tal supuesto al incapacitado sus herederos forzosos, los cuales, tal vez, ignoraban en vida al fiduciario. Sin embargo, no cabe duda de que, efectivamente, esta fue la intención del legislador italiano de 1.975.

En los supuestos en los que sean llamados a heredar al fiduciario incapacitado sus propios herederos legítimos, hemos de tener en cuenta que cuando hablamos de personas incapacitadas son frecuentes las hipótesis de sujetos con plena capacidad que, en cierto momento de su vida, por cualquier enfermedad o por cualquier accidente, pasan a ser incapacitadas judicialmente. ¿Qué pasaría en estos casos si antes de ser incapacitado, el fiduciario hubiese hecho testamento? ¿Surtirá efecto su testamento, o al fiduciario incapacitado única y exclusivamente pueden suceder sus sucesores legítimos en toda su herencia?

Tal supuesto sí quedaba recogido en la anterior redacción del artículo 696 del CC tal y como expusimos con anterioridad, ya que el párrafo segundo fijaba que “*...los bienes se transmitirán a sus sucesores legítimos o testamentarios*”. Sin embargo, en la redacción actual únicamente aparecen como herederos los sucesores legítimos del fiduciario.

La doctrina mayoritaria entiende que el testamento realizado por el fiduciario previamente a ser incapacitado, es decir, cuando disponía plenamente de su capacidad de obrar, deberá surtir efecto.

---

<sup>1092</sup> TAMBURRINO, *Op. cit.*, pág. 425: “*L’ipotesi invece che il sostituto non esista più al momento della morte dell’istituto è stata regolata dalla novela in omaggio alla nuova ratio dell’istituto, nel senso che se la persona sostituita muoia prima dell’incapace o se l’ente sostituto si estingua prima della morte dell’incapace, l’eredità loro spettante si devolve ai successori legittimi dell’incapace*”.

Así lo entienden, entre otros autores, BENEDETTI<sup>1093</sup>, quien considera que “*no hay que excluir sin embargo, algunos casos particulares, en los que el incapacitado haya hecho testamento antes de ostentar tal condición; testamento que será normalmente eficaz para establecer sucesores eventualmente diversos de aquellos legítimos*”.

También TALAMANCA<sup>1094</sup>, cuando cuenta que “*la incapacidad sobrevenida no provoca la ineficacia del testamento válidamente predisposto*”.

O MORETTI<sup>1095</sup>, que manifiesta que “*análogamente, aunque la norma expresamente prevea que la herencia sea devuelta a los sucesores legítimos del fiduciario, parece correcto hipotetizar que puedan venir a la sucesión también sus herederos testamentarios, siempre que en el hipotético caso de que el propio fiduciario, antes de la incapacitación, hubiese redactado válidamente su testamento*”.

Por último VANNI<sup>1096</sup>, para el que “*se entiende, sin embargo, que en hipótesis de premoriencia del fideicomisario, podría operar de todas formas a favor de terceros la disposición testamentaria efectuada por el fiduciario antes de la incapacitación*”.

También en el caso en el que el sustituto sea un ente, la falta de supervivencia de éste al incapacitado conllevaría la falta de devolución. Tal hipótesis se realiza tanto en caso de extinción como en caso de fusión del ente sustituto fideicomisario con otra entidad. La misma situación, en cambio, parece no valer en el supuesto en el que se produce una transformación, ya que se argumenta que, en tal caso, sobrevive el ente fideicomisario.

La regla expuesta es anunciada por el artículo 696 CC únicamente para la hipótesis de la premoriencia del fideicomisario o de la extinción del ente fideicomisario como tal, pero no parece que existan razones para excluir su aplicación al resto de casos en los que el fideicomisario, persona física, no acepte la herencia, sea indigno o esté ausente, o en aquéllos en los que se produzcan fusiones o transformaciones del fideicomisario ente.

---

<sup>1093</sup> BENEDETTI, “Articolo 199”, cit., pág. 899: “*Non è tuttavia da escludere, in qualche in qualche caso particolare, che l’interdetto abbia fatto testamento prima di essere tale; testamento che sarà quindi, normalmente efficace per stabilire successori eventualmente diversi da quelli legittimi*”.

<sup>1094</sup> TALAMANCA, *Op. cit.*, pág. 405 bis: “*È a tutti noto, che l’incapacità sopravvenuta non provoca l’inefficacia del testamento válidamente predisposto*”.

<sup>1095</sup> MORETTI, *Op. cit.*, pág. 1.805: “*Analogamente, se pure la norma espressamente preveda che l’eredità sia devoluta ai successori legittimi dell’istituto, pare corretto ipotizzare che possano venire alla successione anche i suoi eredi testamentari, seppur nella limitata ipotesi che l’istituto stesso, prima dell’interdizione, avesse válidamente redatto testamento*”.

<sup>1096</sup> VANNI, *Op. cit.*, pág. 6.288: “*Si ritiene tuttavia che, in ipotesi di premoriencia del sostituto, potrebbe comunque operare a favore di terzi la disposizione testamentaria effettuata dell’istituto prima dell’interdizione*”.

Así lo entiende MORETTI<sup>1097</sup>, que entiende que *“es cierto que la regla expuesta es anunciada por el artículo 696 CC sólo para los hipótesis de premoriencia o extinción del ente indicado como fideicomisario, sin embargo, no parece que existan razones para excluir que dicha regla encuentre aplicación también en los otros casos en los que el fideicomisario persona física no herede, por renuncia, indignidad o ausencia, o en los casos de fusión o transformación del ente”*.

Igualmente CAPOZZI<sup>1098</sup>, cuando indica que *“la norma, según la doctrina dominante, está de acuerdo en ese sentido; comprende, además, también las otras hipótesis de ineficacia de la delación del fideicomisario: incapacidad para suceder o recibir en testamento, por desaparición, ausencia o muerte presunta, indignidad, renuncia, y en el caso de que el fideicomisario sea un ente, la fusión con otros entes”*.

O también TALAMANCA<sup>1099</sup>, al expresar que *“no se entiende porque el legislador ha continuado restringiendo, como hacía el legislador de 1942, la fórmula literal del apartado que estudiamos en el caso de la extinción del sujeto llamado a la sustitución fideicomisaria en el momento de la muerte del heredero fiduciario. Pero, como ya observé, es pacífico que el mismo principio (precisamente, porque se basa en la naturaleza de la sustitución fideicomisaria) se debe aplicar a todos los casos en los que el fideicomisario no adquiera los bienes fideicomitados”*.

Entendemos oportuno finalizar el epígrafe dedicado al estudio del fideicomisario resaltando las que, bajo nuestro punto de vista, son sus características esenciales:

a.- Heredará del testador únicamente a la muerte del fiduciario, lo cual lleva implícito que para ello deba sobrevivirle.

---

<sup>1097</sup> MORETTI, *Op. cit.*, pág. 1.804: *“La regola ora esposta, per vero, è enunciata, dall’art. 696 cod. civ., per le sole ipotesi di premorienza del sostituito o di estinzione dell’ente indicato come tale, ma non pare vi siano ragioni per escludere che essa trovi applicazione anche negli altri casi in cui il sostituito persona fisica non venga all’eredità, quali la rinunzia, l’indegnità o l’assenza, o nel caso in cui vi sia fusione o trasformazione dell’ente”*.

<sup>1098</sup> CAPOZZI, *Op. cit.*, pág. 1.046: *“La norma, secondo la dottrina prevalente, va intesa in senso lato; comprende, cioè, anche le altre ipotesi di ineficacia della delazione del sostituito: incapacità a succedere o a ricevere per testamento, scomparsa, assenza e morte presunta, indegnità, rinunzia e, qualora il sostituito sia un ente, la fusione con altri enti”*.

<sup>1099</sup> TALAMANCA, *Op. cit.*, págs. 405 bis y 405 ter: *“D’altra parte non si vede perchè il legislatore abbia continuato a restringere, come faceva già il legislatore del 1942, la formulazione letterale del comma in esame al caso dell’estinzione del soggetto chiamato alla sostituzione fedecommissaria al momento della morte dell’erede fiduciario. Ma, come già osservavo, è pacifico che lo stesso principio - proprio perchè si basa sulla natura della sostituzione fedecommissaria- debba applicarsi a tutti i casi in cui il sostituito non acquisti i beni oggetto del fideicomiso”*.

b.- Deberá haber cuidado y asistido al incapacitado bajo la vigilancia del tutor, requisito *sine quanon* para que se produzca la delación hereditaria.

c.- En caso de premoriencia del fideicomisario al fiduciario, a éste le sucederán directamente sus herederos legítimos, y no los del fideicomisario.

## V.- LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ASISTENCIAL, ¿IMPLICA LA VULGAR?

El párrafo cuarto del artículo 696 del CC vigente hasta 1.975 recogía literalmente que *“si el fiduciario premuere al testador o es incapaz o indigno o renuncia, la herencia se devuelve al fideicomisario, con efecto desde el momento de la muerte del testador”*.

Es decir, que hasta 1.975, el CC reconocía literalmente que la sustitución fideicomisaria implicaba la vulgar. Tal y como expone BENEDETTI<sup>1100</sup>, *“venía considerado por la opinión dominante como la inmersión positiva del dogma de la sustitución fideicomisaria ordinaria implícita (...), y brevemente se puede resumir así: en cada sustitución fideicomisaria debe tenerse implícita una sustitución ordinaria; lo que significa que si por cualquier razón falta la sucesión del fiduciario, le herencia aún así se devuelve al fideicomisario”*.

Sin embargo, sorprendentemente, el hecho de que el legislador de 1.975 suprimiese la previsión literal expuesta no supuso ninguna consecuencia, ya que, a día de hoy, la sustitución fideicomisaria asistencial sigue implicando la vulgar u ordinaria, tanto para la jurisprudencia actual, como para la doctrina dominante y prevaleciente en Italia.

En este sentido, cuenta CENDON<sup>1101</sup> que *“con la abrogación ha venido a menos el argumento textual de la afirmada conversión legal; pero esto no excluye el recurso a la*

---

<sup>1100</sup> BENEDETTI, “Articolo 199”, en *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di CARRARO, OPPO y TRABUCCHI, I, 2, Cedam, Padova, 1.977, pág. 900: *“Il comma 4° veniva considerato dall’opinione dominante l’emersione positiva del dogma della sostituzione ordinaria implícita, (...) e brevemente si può riassumere così: in ogni sostituzione fedecommissaria deve ritenersi implicata una sostituzione ordinaria; cioè se, per qualsiasi ragione, viene a mancare la successione dell’istituto, l’eredità si devolve al sostituto”*.

<sup>1101</sup> CENDON, “Articolo 696”, en *Codice civile annotato con la giurisprudenza*, a cura di Paolo Cendon, Artt. 1-1.172, UTET, Torino, 1.995, pág. 877: *“Con l’abrogazione è venuto meno l’argomento testuale della affermata conversione legale; ma ciò non esclude il ricorso alla tesi del carattere implícito della sostituzione ordinaria in quella fedecommissaria, anche vietata”*.

*tesis del carácter implícito de la sustitución ordinaria en aquella fideicomisaria incluso prohibida”.*

GENGHINI y CARBONE<sup>1102</sup> exponen que “*la doctrina prevaleciente y la jurisprudencia más legitimada, mantienen que en la sustitución fideicomisaria sigue de todas formas comprendida también la ordinaria. Por tanto, en un caso como el descrito, la sustitución vale como ordinaria. Y todo ello en consideración de la presumible voluntad del testador, que quiere sustituir un sujeto por otro*”.

También CAPOZZI<sup>1103</sup> considera que “*la doctrina prevaleciente y la jurisprudencia de la Corte de Casación, argumentando el hecho de que en cada sustitución fideicomisaria está incluida también la ordinaria, mantienen que en el caso examinado (es un caso de sustitución fideicomisaria nula, aunque el supuesto de premoriencia conlleva los mismos efectos jurídicos), a la apertura de la sucesión, operará una sustitución ordinaria (llamada sustitución compendiosa). El alcance de dicho modo de operar encuentra su base en la presunta voluntad del testador que, de todas formas, habría querido que esos bienes fuesen atribuidos al fideicomisario*”.

Desde el punto de vista jurisprudencial, establece la Sentencia la Corte de Casación de 28 de junio de 2.004, número 11.968<sup>1104</sup> que “*(...) si el primer beneficiado renuncia a la institución o no sea digno, o sea incapaz de recibirla, o haya premuerto al testador y éste no haya modificado o no revoque la disposición a su favor, la herencia se devuelve al sustituto*”.

En nuestra opinión, en cuanto a si la sustitución fideicomisaria italiana implica o no la sustitución vulgar se habrá de estar al alcance que el testador otorgó a la institución. De hecho, diferenciamos dos supuestos concretos:

1.- Aquellos supuestos en los que la institución no alcance la legítima del fiduciario incapacitado, sino que, únicamente, afecte a la cuota de libre disposición.

---

<sup>1102</sup> GENGHINI y CARBONE, *Op. cit.*, págs. 1.278 y 1.279: “*La dottrina prevalente e la giurisprudenza di legittimità ritengono che nella sostituzione fedecommissaria sia comunque presa anche quella ordinaria. Pertanto, in un caso come quello descritto, la sostituzione vale come ordinaria*”.

<sup>1103</sup> CAPOZZI, *Op. cit.*, pág. 1.049: “*La dottrina prevalente e la giurisprudenza anche della Corte di Cassazione, argomentando dal fatto che in ogni sostituzione fedecommissaria è comunque ricompresa quella ordinaria, ritengono che nel caso in esame, all’apertura della successione opererà una sostituzione fedecommissaria (c.d. sostituzione compendiosa). La ratio di tale modo di operare andrebbe ritrovata nella presunta volontà del testatore chè, comunque, avrebbe voluto che quei beni fossero attribuiti al sostituto*”.

<sup>1104</sup> En *Giust. civ.*, 2.005, 3, I, 707.

En estos casos, entendemos que la voluntad del testador (que pudo cambiar el testamento tras el fallecimiento del incapacitado y no lo hizo), ha de ser tenida en cuenta, y por ello, el fideicomisario debe pasar a heredar al causante en dicha cuota hereditaria antes que los legitimarios

2.- Supuestos en los que la sustitución fideicomisaria afecte a la legítima del fiduciario incapacitado.

Entendemos que cuando recaiga sobre la cuota de legítima, la sustitución fideicomisaria no implicará la vulgar, dado que sería injusto que los fideicomisarios, sin haber cuidado al incapacitado fiduciario, se beneficiasen de su legítima antes que los herederos del propio fallecido.

De hecho, llegamos a la conclusión de que si se permite tal circunstancia, se podría incluso usar la institución por el testador italiano como medio de vulneración del principio de intangibilidad de la legítima.

Por ejemplo, imaginemos el caso del cónyuge sano que no se habla con sus hijos desde hace años, y que teniendo la certeza de que su cónyuge incapacitado (el mismo ejemplo sirve para los hijos o nietos) morirá antes que él (sufre una enfermedad degenerativa que se encuentra en su última fase), decide hacer testamento, y establecer una sustitución fideicomisaria sobre la cuota de libre disposición de sus bienes, y sobre la cuota de legítima de su cónyuge incapacitado, nombrando como fiduciario al cónyuge incapacitado, y como fideicomisario a cualquier tercero menos a sus hijos. ¿Podrá el testador de dicho ejemplo vulnerar tan fácilmente el principio de intangibilidad de la legítima al que queda obligado por el CC?

En nuestra opinión, resulta evidente que no, evitando con ello la violación del principio mencionado, y para no permitir la injusticia que supondría que un tercero que jamás haya llegado a cuidar al incapacitado, acabase heredándolo en su legítima.

## **VI.- LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ASISTENCIAL DE RESIDUO Y SU VALIDEZ EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO**

Con carácter previo a centrarnos en el estudio de este tipo de sustitución fideicomisaria, entendemos oportuno resaltar que, en la doctrina italiana, a diferencia de la española, no

se diferencia entre sustitución fideicomisaria de residuo *si ali quid supererit y de eo quod supererit*, sino que se entiende la institución de residuo como una sola, cuya característica es la de restituir al fideicomisario lo que quede de los bienes fideicomitidos a la muerte del fiduciario.

Como sabemos, por sustitución fideicomisaria de residuo se entiende aquella institución a través de la cual el testador no impone al fiduciario la obligación de conservar los bienes fideicomitidos, sino que, únicamente, se le exige la restitución al fideicomisario de los bienes fideicomitidos que resten a su muerte, si es que, para entonces, quedara alguno. Es decir, que el fiduciario, en la sustitución fideicomisaria de residuo, podrá disponer libremente, siempre entre vivos, ya sea onerosamente o a título gratuito, de los bienes fideicomitidos, yendo a parar, a su muerte, el residuo de los bienes al fideicomisario designado por el testador.

La permisividad de la institución de residuo ha ido fluctuando en Italia a lo largo del tiempo, tal y como ha sucedido con la propia sustitución fideicomisaria.

Así, en el CC de 1.865, la de residuo era un tipo de sustitución admitida, ya que no imponía al heredero la obligación de restituir los bienes fideicomitidos, y, por ende, permitía, incluso, la enajenación total de los mismos, de ahí que no formase parte de las sustituciones fideicomisarias prohibidas en la época.

Con el CC de 1.942, este tipo de sustitución quedaba totalmente prohibida en el último párrafo del artículo 692, que prescribía la nulidad de cualquier disposición con la cual el testador impidiera al heredero disponer por actor *inter vivos* o *mortis causa* de los bienes hereditarios.

Es de gran importancia resaltar que ya a partir del CC de 1.942, la de residuo sería una institución válida siempre y cuando cumplierse con los límites impuestos a la sustitución fideicomisaria de entonces, es decir, a la familiar y a la de beneficencia. Así se fijó por el Tribunal de Casación, como refleja, entre otras, la Sentencia de 11 de marzo 1.959, número 705<sup>1105</sup>.

Con la reforma de 1.975, el nuevo texto dado al artículo 692 del CC erradica el párrafo anteriormente expuesto, si bien continúa la prohibición de la sustitución fideicomisaria

---

<sup>1105</sup> En *Foro it*, 1.959, I, 771.

de residuo como regla general, cuando establece su último párrafo que cualquier sustitución fideicomisaria fuera de las consentidas será nula.

Sin embargo, existe una corriente doctrinal que considera que, al igual que sucedía en el CC de 1.942, la institución de residuo deberá ser aceptada en los supuestos en los que cumplierse con los límites impuestos a la sustitución fideicomisaria actual.

El máximo representante de dicha teoría es BENEDETTI<sup>1106</sup>, cuando expone que *“el fideicomiso de residuo hoy es nulo: recae sobre la disposición general del último párrafo del artículo que venimos estudiando. Sin embargo, es admisible un fideicomiso de residuo en los límites de la figura prevista en el párrafo 1º del mismo artículo: no veo razón contraria a esta solución. (...) Me parece que aquí se puede usar el argumento del menos en comparación con el más: el fideicomiso de residuo es menos respecto a la figura de la sustitución fideicomisaria admitida. (...) Se puede concluir utilizando la jurisprudencia formada bajo la vieja ley, transformándola así en moderna: el fideicomiso de residuo, que está por regla general prohibido, debe considerarse válido todas las veces que revista los extremos subjetivos del fideicomiso permitido en vía de excepción del artículo 692 c.c.”*.

En la misma línea encontramos también a CAPOZZI<sup>1107</sup>, quien, tras afirmar como regla general, la prohibición del fideicomiso de residuo, acaba manifestando que *“el fideicomiso de residuo está naturalmente consentido en los estrechos límites actuales en los que está admitida la sustitución fideicomisaria, porque en comparación con la figura normal, aquella representa algo menor.*

*Podrá, por ejemplo, el testador nombrar heredero universal a su único hijo incapacitado Caio con la obligación de restituir no todos los bienes hereditarios, sino*

---

<sup>1106</sup> BENEDETTI, “Articolo 197”, cit, pág. 888: *“Il fedecommissio de residuo oggi è dunque nullo: ricade sotto la generale disposizione dell’ultimo capoverso dell’articolo che stiamo commentando. E tuttavia è ammissibile un fedecommissio de residuo nei limiti della figura prevista dal comma 1º dello stesso articolo: non vedo ragioni contrarie a questa soluzione. (...) mi pare che qui si possa utilizzare l’argomento del meno compreso nel più: il fedecommissio de residuo é certamente meno rispetto alla figura ammessa. (...) Si può concludere perciò utilizzando la giurisprudenza formata sotto la vecchia legge, volgendola così in moderno: il fedecommissio de residuo, di regola in sé vietato, deve considerarsi valido tutte le volte che rivesta gli estremi soggettivi del fedecommissio consentito in via d’eccezione all’art. 692 c.c.”*.

<sup>1107</sup> CAPOZZI, *Op. cit.*, pág. 1.051: *“È naturalmente consentito il fedecommissio de residuo nei ristretti limiti neu quali, attualmente è ammessa la sostituzione fedecommissaria perché, rispetto alla normale figura, quella in esame rappresenta un minus. Potrà, ad esempio, il testatore nominare erede universale l’unico suo figlio interdetto Caio con l’obbligo di restituire non tutti i beni ereditari, ma solo quelli dei quali Caio non avrà (debitamente rappresentato e autorizzato) disposto in vita, a quel determinato istituto che avrà avuto cura di lui”*.

*sólo aquellos de los cuales Caio no haya (debidamente representado y autorizado) dispuesto en vida, a aquel determinado instituto religioso que haya cuidado de él”.*

También los autores GENGHINI y CARBONE<sup>1108</sup> expresan que, una vez eliminado el último párrafo del anterior artículo 692 CC, *“la prohibición en términos generales continúa, pero no podrá considerarse prohibido el caso en el que la disposición presente todos los elementos constitutivos de la sustitución fideicomisaria. Es decir, que cuando esté previsto la obligación de restituir el residuo, en las mismas condiciones previstas para la sustitución fideicomisaria (fiduciario incapacitado, hijo o cónyuge del testador, asistencia, orden sucesivo), permitiendo únicamente la libre disponibilidad de los bienes durante la vida del fiduciario, la disposición se puede considerar válida. De hecho esta constituye algo menor respecto a la hipótesis ordinaria”.*

O, por último, la autora PACIA<sup>1109</sup>, concluye que *“el fideicomiso de residuo es de todas formas válido, también para quien normalmente afirma su nulidad, dentro de los límites de admisibilidad de la sustitución fideicomisaria”.*

Bajo nuestro punto de vista, esta corriente doctrinal mayoritaria, con la que coincidimos, lo que realmente afirma al reconocer la posibilidad de establecer la institución de residuo en los casos en los que esté previsto en las mismas condiciones que la sustitución fideicomisaria, es, en resumen, que efectivamente, en el Ordenamiento jurídico italiano, cabe la sustitución fideicomisaria de residuo. ¿Qué ésta de cumplir con los límites del artículo 692 del CC? Sí, pero exactamente igual que la sustitución fideicomisaria asistencial si quiere ser válida.

O dicho de otra forma, lo que los referidos autores están afirmando con dicha posibilidad es que siempre que se cumplan los límites establecidos en el artículo 692 CC, el testador podrá decidir si quiere establecer una sustitución fideicomisaria asistencial, o de residuo.

---

<sup>1108</sup> GENGHINI y CARBONE, *Op. cit.*, pág. 1.279: *“Eliminato questo comma, il divieto, in termini generali, rimane, ma non può ritenersi esteso al caso in cui la disposizione presenti tutti gli elementi costitutivi della sostituzione fedecommissaria. Ove cioè sia previsto l’obbligo di restituire il residuo, alle stesse condizioni previste per la sostituzione fedecommissaria (istituto interdetto, figlio o coniuge del testatore, assistenza, ordine successivo), temperate solo dalla libera disponibilità dei beni durante la vita dell’istituto, la disposizione può ritenersi valida. Essa costituisce infatti un minus rispetto all’ipotesi ordinaria”.*

<sup>1109</sup> PACIA, *Op. cit.*, pág. 572: *“Il fedecommissario de residuo è comunque valido, anche per chin e afferma normalmente la nullità, nei limiti di ammissibilità della sostituzione fedecommissaria”.*

Dicho lo cual, la corriente doctrinal que acabamos de exponer no es la única que existe en cuanto a la sustitución fideicomisaria de residuo. Existe otra negativa, que considera prohibido a todos los niveles la sustitución fideicomisaria de residuo, dentro de la cual se encuentran, por ejemplo, los autores LAVIANO y PEPE<sup>1110</sup>, quienes consideran que *“el fideicomiso de residuo está considerado prohibido, debido a la prohibición general incluida en el apartado 5º del artículo en examen, según el cual es nula cualquier sustitución fideicomisaria fuera de las consentidas”*.

Sin embargo, el referente de dicha corriente es, sin ninguna duda, TALAMANCA<sup>1111</sup>, quien considera que *“no es posible configurar, en los límites de la sustitución fideicomisaria admitida, una disposición de residuo, como ha estado admitido recientemente, ya que esta sería siempre nula en base al artículo 632.1º”*. Efectivamente, para el citado autor, la sustitución fideicomisaria de residuo no tiene cabida en el Ordenamiento jurídico italiano en base al primer párrafo del artículo 632 CC, el cual dispone que *“es nula la disposición que deja al mero arbitrio del gravado o de un tercero la determinación del objeto o la cantidad del legado”*.

Por ello, lo que entiende TALAMANCA es que en la sustitución fideicomisaria de residuo, el montante y la propia existencia, o lo que él llama *il venir in essere* de la disposición, dependerá únicamente del fiduciario, es decir, que el hecho de que el fideicomisario de residuo reciba algo a la muerte del fiduciario depende, exclusivamente, de la voluntad del propio fiduciario, planteamiento que no podemos compartir, ya que, tal y como venimos exponiendo a lo largo del presente capítulo, el fiduciario, en realidad, sólo podrá disponer de los bienes fideicomitidos en caso de utilidad evidente, que deberá ser valorada y aprobada por un juez, el cual de admitir la enajenación, fijará igualmente el reintegro de las sumas recabadas, por lo que no depende exclusivamente del fiduciario el hecho de que, finalmente, lleguen o no los bienes fideicomitidos al fiduciario.

---

<sup>1110</sup> LAVIANO y PEPE, *Op. cit.*, pág. 468: *“Il fedecommesso de residuo è da considerarsi vietato, dato il divieto generale sancito dal 5º comma dell’articolo in esame, secondo il quale è nulla ogni sostituzione fedecommissaria al di fuori di quella consentita”*.

<sup>1111</sup> TALAMANCA, *Op. cit.*, pág. 334: *“Non è possibile configurare, nei limiti della sostituzione fedecommissaria ammessa, una disposizione de residuo, come è stato invece ritenuto recentemente, in quanto questa sarebbe sempre nulla ex art. 632 1º comma”*.

## VII.- FIGURAS AFINES A LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ITALIANA

La prohibición general, así como la imposición de límites continuos que el legislador italiano ha venido fijando en relación a la sustitución fideicomisaria a lo largo del tiempo, supuso que el testador se viese obligado a acudir a diversas instituciones para alcanzar un resultado similar al conseguido a través de la propia sustitución fideicomisaria.

### 7.1.- La cláusula *si sine liberis decesserit*

Como expusimos en los capítulos dedicados al estudio de la figura española, la cláusula *si sine liberis decesserit* se da cuando el testador dispone que su herencia irá a parar a un heredero (o legatario), y en el caso de que éste muera sin hijos, lo que se le atribuyó al fallecido, en vez de ir a manos de sus herederos legítimos, pasará a otra persona.

El típico ejemplo es el de un testador que instituye heredero a B, pero si B muere sin hijos, la herencia pasará a C.

Una parte de la doctrina italiana<sup>1112</sup> sostiene la nulidad de la disposición *si sine liberis decesserit*, argumentando, para ello, que ésta vulnera lo dispuesto en el último epígrafe del artículo 692 CC, según el cual, la sustitución fideicomisaria será nula siempre que no sea a favor de un hijo, descendiente o cónyuge incapacitado, y siempre que el fideicomisario no haya cumplido con la obligación de cuidar de éste bajo la supervisión del tutor.

Dichos autores consideran que la disposición *si sine liberis decesserit* es una verdadera sustitución fideicomisaria pero camuflada, ya que en el supuesto que venimos planteando no se exige que el fiduciario sea incapacitado, ni que el fideicomisario cuide de éste bajo la vigilancia del tutor, sino que, únicamente, el testador instituye heredero a B, y si éste muere sin descendencia, entonces pasará a heredar C.

---

<sup>1112</sup> TALAMANCA, *Op. cit.*, págs. 298 y ss.; BENEDETTI, “Articolo 197”, *cit.*, págs. 888 y 889.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria prevalente<sup>1113</sup>, junto a la jurisprudencia de la Corte de Casación italiana<sup>1114</sup>, consideran que la disposición *si sine liberis decesserit* es una institución válida, equiparándola con la sustitución ordinaria y no con la fideicomisaria, ya que en dicha condición no existe una doble y sucesiva institución, como sí sucede en la sustitución fideicomisaria, sino que tan sólo se produce una única institución, pues en los casos en los que el fiduciario fallece sin hijos, se estimará que éste jamás fue llamado a la herencia, dada la eficacia retroactiva de la condición recogida en el artículo 646<sup>1115</sup> del CC.

Aun reconociendo la validez de la institución, y su diferencia con la sustitución fideicomisaria, estos mismos autores y jurisprudencia afirman que la cláusula *si sine liberis decesserit* puede ser empleada para eludir la prohibición que impone el último párrafo del artículo 692 del *Codice*, de ahí que se abogue por el estudio, caso por caso, de cada supuesto que incluya la cláusula que venimos estudiando.

El típico ejemplo de sustitución fideicomisaria enmascarada bajo la cláusula *si sine liberis decesserit* es el del testamento del que se desprenda que el testador, siendo consciente de la imposibilidad del instituido de engendrar hijos (por su avanzada edad, por defectos que impidan la procreación, etc.), inserte la cláusula *si sine liberis decesserit* en su testamento para enmascarar una doble institución, por lo que en estos casos sí nos encontraríamos frente a una sustitución fideicomisaria nula.

Por ello, tal y como afirma MORETTI<sup>1116</sup>, la necesidad de una valoración casuística es constantemente expresada también en la jurisprudencia, la cual precisa, antes que nada, que la investigación se centre no sólo en el testamento en sí, sino también en todos los

---

<sup>1113</sup> CAPOZZI, *Op. cit.*, pág. 1.052; GENGHINI y CARBONE, *Op. cit.*, págs. 1.280 y 1.281; MORETTI, *Op. cit.*, pág. 1.810; VANNI, *Op. cit.*, pág. 1.287; LAVIANO y PEPE, *Op. cit.*, pág. 468; BERNARDINI, *Op. cit.*, pág. 1.103; PACIA, *Op. cit.*, págs. 560 y ss.

<sup>1114</sup> Cass. Civ. 20 luglio 1.962, n. 1.955; Cass. Civ. 17 maggio 1.969, n. 1.701; Cass. Civ. 5 novembre 1.973, n. 2.874; Cass. Civ. 9 dicembre 1.980, n. 6.365; Cass. Civ. 28 dicembre 1.993, n. 12.861, in *Giur. it.*, 1.994, I, 1, 1.768.

<sup>1115</sup> Artículo 646 CC: Opposizione ai decreti riguardanti crediti di lavoro. “Quando il decreto e' stato pronunciato per crediti dipendenti da rapporti individuali di lavoro, entro cinque giorni dalla notificazione l'atto di opposizione deve essere denunciato a norma dell'articolo 430 all'associazione sindacale legalmente riconosciuta alla quale appartiene l'opponente. In tale caso il termine per la comparizione in giudizio decorre dalla scadenza del ventesimo giorno successivo a quello della notificazione dell'opposizione.

Durante il corso del termine stabilito per il tentativo di conciliazione, l'opponente puo' chiedere con ricorso al giudice la sospensione dell'esecuzione provvisoria del decreto. Il giudice provvede con decreto, che, in caso di accoglimento dell'istanza, deve essere notificato alla controparte”.

<sup>1116</sup> MORETTI, *Op. cit.*, pág. 1.810.

elementos de juicio, tales como la edad del instituido o sus eventuales defectos físicos (los cuales, tal vez le imposibiliten la procreación), por si pudiesen ser útiles para comprobar si la cláusula ha sido o no utilizada para encubrir una sustitución fideicomisaria.

En este sentido, la Sentencia de la Corte de Casación de 27 de noviembre de 1.990, número 11.428<sup>1117</sup>, establece que “*la cláusula testamentaria si sine liberis decesserit no implica por sí misma una sustitución fideicomisaria, debiéndose estar caso por caso sobre la base de la voluntad del testador y de las particulares circunstancias y modalidad de la institución, por si esa ha sido empleada para enmascarar una sustitución fideicomisaria*”.

En la misma línea de no equiparar las sustituciones fideicomisarias con las disposiciones testamentarias con cláusulas *si sine liberis decesserit*, vuelve a expresarse la Corte de Casación en su Sentencia de 25 de noviembre de 1.992, número 12.564<sup>1118</sup>, al recoger: “*la cláusula de la disposición testamentaria que, subordinando la institución de heredero a la condición resolutive del fallecimiento sin hijos (“si sine liberis decesserit”), excluye en los casos en los que se cumpla la condición, el derecho del segundo instituido a la restitución de los frutos percibidos en vida por el heredero instituido “bajo condición”, no priva la condición de sus efectos retroactivos y no supone en sí, una sustitución fideicomisaria, siendo perfectamente coherente con la disciplina de los efectos del cumplimiento de la condición resolutive prevista por el artículo 646 c.c., que excluye al heredero o legatario de la obligación de restituir los frutos percibidos hasta el momento en el que se ha verificado la condición*”.

En conclusión, visto el posicionamiento de la doctrina mayoritaria italiana, pero sobre todo, visto el de la Corte de Casación al respecto, no nos queda duda alguna en cuanto a que la cláusula *si sine liberis decesserit* no implica una sustitución fideicomisaria en

---

<sup>1117</sup> Cass. Civ. 27 novembre, 1.990, n. 11.428, en *Il Civilista* 2.010, 10, 35: “*la clausola testamentaria si sine liberis decesserit non implica di persè una sostituzione fedecommissaria, dovendosi accertare caso per caso, sulla base della volontà del testatore e delle particolari circostanze e modalità della disposizione, se essa sia stata impiegata per mascherare una sostituzione fedecommissaria*”.

<sup>1118</sup> Cass. Civ. 25 novembre 1.992, n. 12.564, en *Giust. Civ. Mass*: “*la clausola della disposizione testamentaria che, subordinando l’istituzione di erede alla condizione risolutiva del decesso senza figli (si sine liberis decesserit), esclude nel caso di avveramento della condizione, il diritto del secondo istituito alla restituzione dei frutti percepiti in vita dall’erede istituito “sub condizione”, non priva la condizione dei suoi effetti retroattivi e non comporta, quindi in sè e per sè considerata, una sostituzione fedecommissaria, essendo perfettamente coerente con la disciplina degli effetti dell’avveramento della condizione risolutiva previsti dall’art. 646 c.c., che esclude l’erede o il legatario dall’obbligo di restituzione dei frutti percepiti fino al momento in cui si è verificata la condizione*”.

Italia, lo cual no implica que esté prohibida como cláusula, ya que su uso es plenamente válido en el testamento, si bien, conviene recordar a los testadores de dicho país, que en caso de usar la cláusula *si sine liberis decesserit* con la intención de enmascarar una verdadera sustitución fideicomisaria, una vez alcance los Tribunales acabará probablemente siendo “desenmascarada”.

## **7.2.- La atribución separada de usufructo y nuda propiedad**

Al igual que en el Ordenamiento jurídico español, en el italiano existen figuras jurídicas muy similares a la sustitución fideicomisaria, siendo la de mayor relevancia jurídica la atribución separada del usufructo y de la nuda propiedad a dos sujetos diferentes.

CAPOZZI<sup>1119</sup>, en otros de sus gráficos y útiles ejemplos para entender las instituciones a las que hace referencia, comentaba al respecto que “*si, en otros términos, Tizio quiere que su herencia la disfrute en vida Caio, y a su muerte Sempronio, atribuirá al primero el usufructo de todos los bienes hereditarios (usufructo universal) y al segundo la nuda propiedad de los mismos bienes*”.

Antes de la reforma del Derecho de Familia, la diferencia económico-social entre la sustitución fideicomisaria y la atribución separada de usufructo y nuda propiedad, era de escaso relieve, tanto que, en ambos casos, los objetivos del testador, desde el punto de vista práctico (que no jurídico), coincidían.

Tras la mencionada reforma, la diferencia entre las dos figuras es notable, porque sólo la sustitución fideicomisaria conlleva la obligación de cuidar al incapacitado-fiduciario y puede tener como objeto no sólo los bienes que componen la cuota disponible, sino también, aquéllos que conforman la cuota de legítima del propio incapacitado, finalidades que, a través del usufructo, jamás pueden pretenderse.

Pero, llegados a este punto, hemos de plantearnos si el testador que establezca un usufructo puede llegar a enmascarar, mediante esta institución, una de las sustituciones fideicomisarias prohibidas en el último párrafo del artículo 692 del CC.

---

<sup>1119</sup> CAPOZZI, *Op. cit.*, pág. 1.054: “*se, in altri termini, Tizio vuole che la sua eredità sia goduta in vita da Caio e alla morte di questi da Sempronio, attribuirà al primo l’usufrutto di tutti i beni ereditari (usufrutto universale) e al secondo la nuda proprietà degli stessi beni*”.

La respuesta es positiva, siendo posible que ciertos testadores puedan intentar establecer una sustitución fideicomisaria prohibida por ley, dándole el nombre de usufructo.

Sin embargo, por regla general, la doctrina<sup>1120</sup> y la jurisprudencia<sup>1121</sup> excluyen que tal atribución pueda integrar un negocio en fraude de ley, es decir, entienden que el establecimiento del usufructo a favor de una persona y la nuda propiedad a favor de otra es perfectamente válido, por ser el llamamiento a los dos sujetos simultáneo, y no sucesivo (como ocurre en la sustitución fideicomisaria), y porque la consolidación del usufructo con la nuda propiedad constituye un efecto de la *vis expansiva* del derecho de propiedad, y no de un fenómeno sucesorio, como también ocurre en la sustitución fideicomisaria.

La institución que venimos estudiando en el presente epígrafe supone la atribución simultánea de dos derechos diferentes (el de goce, por un lado, y el de la nuda propiedad, por el otro), con la conclusión de que heredero únicamente debe considerarse al nudo propietario, el cual puede hacer valer su derecho desde el momento de la apertura de la sucesión.

Eso sí, cuando el testador, por ejemplo, condicione la adquisición hereditaria del nudo propietario a su supervivencia frente al usufructuario, o cuando atribuya al usufructuario derechos y obligaciones típicas del propietario, incluso, aunque el testador le haya dado en el testamento a la institución el nombre de usufructo, ésta sería interpretada como sustitución fideicomisaria, y, por tanto, sería considerada una sustitución fideicomisaria “enmascarada” y por ello nula, en base al último párrafo del artículo 692 del CC.

Así se refleja, entre otras, en la Sentencia del Tribunal de Casación de 17 de abril de 2.001, número 5.604<sup>1122</sup>, cuando establece que será nula la “*institución con sustitución fideicomisaria en la que el testador, aun habiendo adoptado la terminología correspondiente a una atribución separada de usufructo y de nuda propiedad, haya*

---

<sup>1120</sup> BERNARDINI, *Op. cit.*, págs. 1.105 y 1.106, GENGHINI y CARBONE, *Op. cit.*, pág. 1.283; CAPOZZI, 1.054 y 1.055; MORETTI, *Op. cit.*, pág. 1.807.

<sup>1121</sup> Cass. Civ. 10 gennaio 1.995, num. 243; Cass. Civ. 18 luglio 2.005, n. 15.130, en *Giust. Civ. Mass.*, 2.005, 6; Trib. Venezia, 9 ottobre 2.001, en *Familia*, 2.003, 567; Trib. Cagliari, 14 ottobre 2.003, en *Rivista giuridica sarda*, 2.004, 405.

<sup>1122</sup> Cass. Civ. 17 aprile 2.001, n. 5.604, en *Giust. Civ. Mass.*, 2.001, 799: “...una istituzione con sostituzione fedecommissaria qualora il testatore, pur adoperando la terminologia corrispondente ad una attribuzione separate di usufrutto e di nuda proprietà, abbia attribuito all'onorato dell'usufrutto diritti ed obblighi incompatibili con la qualità di usufruttuario e spettanti invece all'erede oppure abbia condizionato l'acquisto della qualità di erede del secondo alla sopravvivenza al primo”.

*atribuido al usufructuario derechos y obligaciones incompatibles con la cualidad de usufructuario, quedando expectante el heredero, o cuando haya condicionado la adquisición de la condición de heredero del segundo a su supervivencia al primero”.*

Por todo lo anteriormente expuesto, compartimos la conclusión de BERNARDINI<sup>1123</sup> cuando expone que *“en conclusión se podrá aplicar el mismo criterio, no falto de equilibrio, establecido por la jurisprudencia para la cláusula si sine liberis decesserit; la disposición testamentaria es en principio válida salvo que, por particulares circunstancias, pueda deducirse en concreto una verdadera mens testantis que lleve a establecer un verdadero orden sucesivo de herederos; en ese caso será nula la sustitución, esto es, la disposición relativa a la nuda propiedad”.*

### **7.3.- El trust**

El trust, institución que deriva de los Ordenamientos jurídicos del *Common law*, se introdujo en el Derecho italiano tras la adhesión de la Convención de la Haya, estipulada el 1 de julio de 1.985, ratificada con la Ley de 16 de octubre de 1.989, N. 364, y que entró en vigor el 1 de enero de 1.922.

Tal y como afirman los autores PETRULLI y RUBINO<sup>1124</sup>, *“el trust puede ser definido como una relación de confianza en virtud de la cual un sujeto denominado trustee y al que son atribuidos los derechos y deberes de un verdadero propietario, gestiona un patrimonio que le ha sido transmitido por otro sujeto, denominado settlor, para un objetivo preestablecido o un fin, siempre lícito y no contrario al orden público, en el interés de uno o más beneficiarios”.*

---

<sup>1123</sup> BERNARDINI, *Op. cit.*, págs. 1.105 y 1.106: *“In conclusione si potrà applicare lo stesso criterio, non privo di equilibrio, stabilito dalla giurisprudenza per la clausola si sine liberis decesserit; la disposizione testamentaria è in principio valida salvo che, per particolari circostanze estrinseche, possa desumersi in concreto una mens testantis volta a stabilire un vero e proprio ordo successivus di eredi; nel qual caso sarà nulla la sostituzione, cioè la disposizione relativa alla nuda proprietà”.*

<sup>1124</sup> PETRULLI y RUBINO, *Il trust. Nozione giuridica ed operatività nel sistema italiano*. Halley Editrice, Matelica, 2.006, pág. 7: *“Il trust può essere definito come un rapporto fiduciario in virtù del quale un dato soggetto, denominato trustee e al quale sono attribuiti i diritti e i doveri di un vero e proprio proprietario, gestisce un patrimonio che gli è stato trasmesso da un altro soggetto, denominato settlor o disponente, per uno scopo prestabilito o un fine, purché lecito e non contrario all'ordine pubblico, nell'interesse di uno o più beneficiari”.*

MORETTI<sup>1125</sup> por su parte, afirma en la misma línea que “*con el trust, el fiduciario adquiere la propiedad de uno o más bienes, propiedad que, por otra parte, permanece separada de su patrimonio personal y está vinculado al objetivo del propio trust también frente a los terceros*”.

Los sujetos del trust son, por tanto, tres: el *settlor*, el *trustee* y el beneficiario, teniendo cada uno de ellos roles distintos dentro de la institución. Así, el *settlor* es el verdadero propietario de la porción de patrimonio, o de los bienes que constituyen el trust. El *trustee*, en cambio, es al que, a través del trust, se le confiere el poder-deber de gestionar, administrar y disponer de los bienes que lo constituyen, según los términos del propio trust o las normas particulares impuestas por la ley. Por último, el beneficiario es el sujeto que el *settlor* quiere beneficiar a través de la institución del trust.

Dicho lo cual, lo cierto es que debido a la escasa regulación interna dada por el legislador italiano de 1.989 a la institución, se comenzaron a plantear numerosos problemas entre los intérpretes, destacando entre ellos el de la posible admisibilidad, o no, de un trust interno en Italia.

Por trust interno se entiende aquel que aunque se regula por una ley extranjera, a la que acude el *settlor* italiano a falta de una normativa interna específica, no presenta ningún otro criterio de unión con el Ordenamiento extranjero, ya que el *settlor*, el *trustee* y el beneficiario son todos ciudadanos italianos, así como los bienes objeto del trust, que se encontrarán en Italia.

Hoy en día, la doctrina mayoritaria<sup>1126</sup> y la jurisprudencia<sup>1127</sup> que viene prevaleciendo, reconocen la plena legitimidad del llamado trust interno, ya que consideran suficiente para constituirlo válidamente el hecho de acudir a la ley de uno de los países que

---

<sup>1125</sup> MORETTI, *Op. cit.*, pág. 1.811: “*Con il trust, il fiduciario acquista la proprietà di uno o più beni, proprietà che, peraltro, resta separata dal suo personale patrimonio ed è vincolata allo scopo del trust stesso anche nei confronti dei terzi*”.

<sup>1126</sup> CAPOZZI, *Op. cit.*, pág. 812; GENGHINI y CARBONE, *Op. cit.*, pág. 1.285 y 1.286; PACIA, *Op. cit.*, pág. 576.

<sup>1127</sup> Traemos a colación de los centenares de sentencias vertidas sobre la materia en la misma línea, la del Tribunal de Bologna de 16 giugno 2.003, en TAF, 2.003, pág. 580, según la cual “*il Conservatore del Registro delle Imprese, richiesto di iscrivere il trasferimento di quote di s.r.l. da un cittadino italiano a un “trust” da questi istituito in Italia (c.d. “trust interno”), ha solo l’obbligo di verificare che il “trust” presenti le caratteristiche specifiche dell’istituto e che esista la legge straniera alla quale il soggetto disponente ha sottoposto il “trust”*”.

regulan la institución, sin necesidad de que los otros elementos de la figura sean extranjeros.

Aunque existe cierta afinidad entre la sustitución fideicomisaria italiana y el trust (sobre todo, cuando éste es constituido con perfil asistencial de personas necesitadas de protección), no cabe duda de que entre ambas instituciones también existen grandes diferencias estructurales.

Así, tal y como expone la autora SANTORO<sup>1128</sup>, podemos resaltar que *“en el trust, a diferencia de la sustitución fideicomisaria, el beneficiario no adquiere directamente del testador, sino del trustee, puesto que no es revisable una doble institución, a diferencia de lo que ocurre con el fiduciario y el fideicomisario, los cuales adquieren directamente del de cuius”*.

En la misma línea, GENGHINI y CARBONE<sup>1129</sup> también señalan que *“en el trust falta el doble llamamiento porque el beneficiario no adquiere directamente del disponente”*.

Los mismos autores<sup>1130</sup> coinciden en la segunda diferencia entre ambas instituciones, que sería el hecho de que en la sustitución fideicomisaria, a excepción de lo recogido en el artículo 694 CC, los bienes que se transfieren al fideicomisario serán los mismos que en su día recibió el fiduciario; mientras que en el trust, los bienes transferidos al *trustee* puede que no coincidan con los que, finalmente, éste hará llegar a los beneficiarios, ya que, precisamente, la función del *trustee* es la administración de los bienes que constituyen el trust, pero disfrutando de los más amplios poderes de gestión, dependiendo siempre de la voluntad del *settlor*.

En este sentido, recoge CAPOZZI<sup>1131</sup> que *“en el fideicomiso, el fiduciario tiene la administración y el disfrute del uso de los bienes, mientras que el trustee, al contrario, se le asigna la administración y el poder de disposición de los bienes que constituyen el trust, con los límites fijados por el settlor”*.

---

<sup>1128</sup> SANTORO, *Il trust in Italia*, Giuffrè Editore, Milano, 2.004, pág. 267: *“Nel trust, a differenza della sostituzione fedecommissaria, il beneficiario non acquista direttamente dal disponente, bensì dal trustee, posto che non è ravvisabile una doppia istituzione al parid ella vocazione del primo istituito e del sostituito, i quali acquistano entrambi del dal cuius”*.

<sup>1129</sup> GENGHINI e CARBONE, *Op. cit.*, pág. 1.288.

<sup>1130</sup> SANTORO, *Op. cit.*, pág. 268; GENGHINI y CARBONE, *Op. cit.*, pág. 1.288.

<sup>1131</sup> CAPOZZI, *Op. cit.*, pág. 817: *“Nel fedecompresso l’istituto ha l’amministrazione e il godimento dei beni, ma incontra limiti di natura pubblicistica nella disposizione degli stessi (art. 694), al contrario del trustee al quale solitamente è affidata l’amministrazione e il potere di disposizione dei beni costituiti in trust, con i limiti disposti dal settlor”*.

Además, también se diferencian ambas figuras desde el punto de vista funcional, porque en el trust no existe ningún sujeto que sea equiparable al fiduciario: ni siquiera el *trustee*, el cual, aunque titular de los bienes, dispondrá de dicha titularidad, únicamente, a fines de administración y gestión. Es decir, que los bienes que administra no puede disfrutarlos y tampoco podrá heredarlos, en base al artículo 11, tercer párrafo, letra c)<sup>1132</sup> de la nombrada Convención de la Haya, mientras que el fiduciario se aprovecha de ellos mientras vive, y puede heredarlos en el supuesto de que el fideicomisario le premuera, o no cumpla con el cuidado que ha de otorgarle bajo la supervisión del tutor.

Igualmente, como diferencia hemos de resaltar que, mientras los acreedores personales del testador pueden, de todas formas, agredir los bienes objetos de la sustitución fideicomisaria, no sucederá lo mismo con los bienes que conforman el trust, ya que éstos constituyen un patrimonio separado también frente a los acreedores del disponente<sup>1133</sup>.

Tampoco coinciden el trust y la sustitución fideicomisaria italiana en relación a la posibilidad de que se establezcan dichas instituciones en los supuestos en los que a favor de la persona necesitada de protección se haya nombrado un administrador de apoyo. Y es que, como expusimos con anterioridad, la sustitución fideicomisaria (institución para proteger incapacitados, no personas con discapacidad) es incompatible con los supuestos en los que se haya fijado un administrador de apoyo. En cambio, la jurisprudencia italiana consiente repetidamente el establecimiento de un trust a favor de un sujeto que ya tiene designado un administrador de apoyo.

Así, por ejemplo, se reconoce en la Sentencia del Tribunal de Genova de 14 de marzo de 2.006<sup>1134</sup>, al establecer que “*el administrador de apoyo puede ser autorizado por el Juez Tutelar a la institución de un trust en interés del propio beneficiario del procedimiento y de su hijo, también cuando éste tenga discapacidad*”.

---

<sup>1132</sup> Artículo 11: “*En la medida en que la ley aplicable al trust así lo exija o establezca, este reconocimiento implicará en particular: c) que los bienes del trust no formarán parte del régimen patrimonial del matrimonio ni de la sucesión del trustee*”.

<sup>1133</sup> Así lo expresan, entre otros autores, SANTORO, *Op. cit.*, pág. 269; PACIA, *Op. cit.*, pág. 579; GENGHINI e CARBONE, *Op. cit.*, pág. 1.288.

<sup>1134</sup> Trib. Genova de 14 marzo 2.006, en *Giur. Merito* 2006, 12, 2.644: “*L’amministratore di sostegno può essere autorizzato dal Giudice Tutelare all’istituzione di un trust nell’interesse dello stesso beneficiario della procedura e del di lui figlio, anch’egli soggetto disabile*”.

Concluimos este epígrafe exponiendo el pensamiento generalizado de los autores que estudian el trust desde el punto de vista asistencial de las personas necesitadas de protección. Es decir, aquellos que estudian los medios de protección existentes en el Ordenamiento jurídico italiano a favor de las personas con discapacidad e incapacitadas, que son: el administrador de apoyo, el trust y la sustitución fideicomisaria.

Para estos autores, la aplicación de la sustitución fideicomisaria es muy limitada (sólo a favor de personas incapacitadas), de ahí que apenas se use dicha institución, a diferencia de lo que ocurre con el trust y con el administrador de apoyo, las cuales, según ellos, desde el punto de vista práctico han suplantado a la incapacitación, y con ello, el uso de la sustitución fideicomisaria.

En esta línea, traemos a colación el pensamiento de autores como FUSARO<sup>1135</sup>, cuando afirma que *“para la programación sucesoria a favor de los incapacitados nuestro código civil, en los artículos 692 y ss, prevé la sustitución fideicomisaria. El límite principal del fideicomiso está, sin embargo, representado por la inutilidad para los sujetos bajo administración de apoyo, que notoriamente en la práctica ha ya suplantado a la incapacitación, a la cual sólo los artículos 692 y ss CC hacen referencia”*.

Por su parte TUCCI<sup>1136</sup> también considera que *“los límites de la sustitución fideicomisaria son, como se ha notado, extremadamente restringidos y resultan ampliados en su negatividad sobre todo en referencia a los sujetos débiles, como las personas con discapacidad no autosuficientes, pero plenamente capaces de entender y de querer; figura, esta última, destinada a repetirse frecuentemente en el futuro por una serie de razones relativas al mundo de la tecnología, idónea para prolongar la vida también a los sujetos no autosuficientes o por razones de edad o también a causa de incidentes traumáticos.(...) Los límites del fideicomiso asistencial explican la difusión cada vez mayor de los trust a favor de las personas con discapacidad. De hecho, se puede recurrir al trust no sólo cuando la persona con discapacidad sea hijo, nieto o cónyuge, sino también cuando sea otro familiar, como por ejemplo un hermano, o cuando falte o*

---

<sup>1135</sup> FUSARO, *Op. cit.*, pág. 37: *“Per la programmazione successoria a favore degli incapaci il nostro codice civile, agli artt. 692 ss, prevede la sostituzione fedecommissaria. Il limite principale del fedecommissario è, tuttavia, rappresentato dall’inutilizzabilità per i soggetti sottoposti ad amministrazione di sostegno, che notoriamente nella prassi ha ormai soppiantato l’interdizione, alla quale soltanto gli artt. 692 c.c. ss. fanno riferimento”*.

<sup>1136</sup> TUCCI, “La tutela del figlio disabile tra nuove “fiducie” e/o “affidamenti fiduciari”, trust e clausole testamentarie tradizionali”, en *Rivista di Diritto Privato*, 1/2011, págs. 10, 11 y 12.

*no sea absolutamente predecible la incapacitación pero aún así sea oportuno proveer de tutela a la persona en cuestión, o también para proveer de tutela a la persona que padezca graves discapacidades físicas pero que no conlleven a la incapacitación, o también, cuando los familiares de la persona con discapacidad no consideran acudir al procedimiento de incapacitación, sino, por ejemplo, a la moderna institución del administrador de apoyo”.*

Concluye el mencionado autor razonando que *“debido a la nueva filosofía de la protección de los incapacitados y la restricción del ámbito de operatividad de la incapacitación, resulta de hecho impracticable, todavía más que en el pasado, el recurso a la sustitución fideicomisaria familiar regulada en el artículo 692 CC, mientras la introducción de la administración de apoyo ha hecho frecuente el recurso al trust en función, ya sea integrativa o sustituitiva, de la misma”.*

Turno para nuestro pensamiento al respecto. Vayamos por partes.

En primer lugar, entendemos que TUCCI en este último párrafo en el que hace referencia a la *“sustitución fideicomisaria familiar”* que regula el artículo 692 CC, en realidad se refiere a la institución asistencial, que es la única existente desde 1.975, año en el que desaparecieron la institución familiar y de beneficencia del Ordenamiento jurídico italiano.

Pero centrándonos en el tema del presente estudio, no podemos compartir varios de los argumentos que acabamos de exponer, por los siguientes motivos:

1.- FUSARO habla de que el límite principal de la sustitución fideicomisaria está representado por la inutilidad para los sujetos que se encuentren bajo administración de apoyo, de ahí que considere más oportuno y eficaz el uso del trust.

Nosotros discrepamos de dicho planteamiento, ya que las personas con discapacidad a las que se les haya nombrado un administrador de apoyo directamente no son el objeto de la sustitución fideicomisaria, sino que ésta, tal y como venimos manifestando a lo largo del presente capítulo, única y exclusivamente está dirigida a la protección de las personas incapacitadas, no con discapacidad.

Por ello, la afirmación de que es inútil como medio de protección a favor de dichas personas la encontramos directamente fuera de lugar, ya que, de seguir en esa línea,

también podemos afirmar que tanto el administrador de apoyo como el trust son medios de protección inútiles para las personas incapacitadas.

2.- Por su parte TUCCI habla de la negatividad de los límites de la figura, por no servir de medio de protección a *“las personas con discapacidad no autosuficientes, pero plenamente capaces de entender y de querer”*.

Aquí estamos completamente de acuerdo con el autor, aunque más que verlo como una crítica al inútil alcance de la figura, como hace TUCCI, también se puede apreciar como reflejo de la importancia de la misma.

Es decir, nosotros lo planteamos desde el punto de vista de que, debido al carácter asistencial y al alcance de la institución, que fomenta e incentiva el cuidado de los incapacitados durante toda su vida por terceras personas o por entidades a las que se les puede llegar a beneficiar, incluso, con la legítima del fiduciario, no tiene ningún sentido que esta figura tan importante no proteja también a las *“personas con discapacidad no autosuficientes, pero plenamente capaces de entender y de querer”*, por lo que más que una crítica al alcance de la figura en sí, esta situación, bajo nuestro punto de vista, debe suponer una crítica al legislador italiano de 1.975, el cual pudo y debió incluir a dichas personas como posibles fiduciarios. Para ello, tan sólo bastaba con otra redacción al primer párrafo del artículo 692 del CC, por ejemplo algo así como *“...bajo la vigilancia del tutor, hayan cuidado del incapacitado o de la persona con discapacidad no autosuficiente, pero plenamente capaces de entender y de querer”*<sup>1137</sup>.

Tal vez, por qué no, en una futura reforma de la sustitución fideicomisaria en Italia, los pasos que el legislador dé en relación a este tipo de personas vaya en dicho sentido.

Concluimos el presente epígrafe dejando dicho que no podemos obviar que, aunque es cierto que las personas incapacitadas son minoría respecto a las personas con discapacidad, también lo es el hecho de que que éstas en un futuro también pueden llegar a ser incapacitadas, momento a partir del cual serán posibles fiduciarios de una figura de tal envergadura jurídica como la sustitución fideicomisaria, que impone unos límites de protección a favor de estas personas a los que no alcanzan ni el trust, ni el administrador de apoyo a favor de las personas con discapacidad.

---

<sup>1137</sup> *“...sotto la vigilancia del tutore, hanno avuto cura dell'interdetto medesimo o del disabile non autosuficiente, ma pienamente capace di intendere e di volere”*.

## **VIII.- PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ASISTENCIAL ITALIANA Y LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ESPECIAL ESPAÑOLA**

La principal y más importante diferencia en relación con la institución de uno y otro país se aprecia directamente en el título del presente epígrafe: en Italia, y a diferencia de lo que sucede en España, no tiene cabida la sustitución fideicomisaria ordinaria, sino que únicamente podrá establecerse una sustitución fideicomisaria denominada “asistencial” a favor de las personas incapacitadas o los menores que sufran alguna enfermedad mental que haga predecir con seguridad su incapacitación cuando lleguen a la mayoría de edad, de ahí que únicamente hagamos la comparación en el presente trabajo con nuestra sustitución fideicomisaria “especial”.

Igualmente, hemos de dejar expuesto que, aunque en este epígrafe, pasemos a enumerar algunas diferencias que, en nuestra opinión, pueden llegar a hacer más interesante la institución italiana desde un punto de vista práctico, lo cierto es que la regulación en España de la sustitución fideicomisaria es mucho más completa que en Italia, ya que, volvemos a reiterar, la figura introducida en 2.003 como medio de protección de las personas incapacitadas se le conoce por “especial”, precisamente por existir ya una ordinaria, mientras que en Italia única y exclusivamente existe la sustitución fideicomisaria asistencial, de alcance muy reducido, y muy similar a nuestra institución “especial”.

Esta mayor regulación y alcance de la sustitución fideicomisaria española se acredita con que, a través de la institución ordinaria, no la especial, también se puede conseguir una protección a favor del incapacitado español muy similar a la que otorga la figura asistencial italiana, ya que nada obsta al testador español a establecer una sustitución fideicomisaria condicional sobre el tercio de libre disposición, en la que el fiduciario sea, por ejemplo, su hijo incapacitado, y fideicomisario cualquier tercero, imponiendo el causante como condición para que se produzca la delación hereditaria a favor del fideicomisario, que éste hubiese cuidado del fiduciario durante toda su vida bajo la vigilancia de un tutor.

Obviamente la diferencia en el ejemplo que acabamos de exponer es que, en Italia, al apostar por su finalidad asistencial, se le otorgó también a la institución el alcance de la propia legítima del incapacitado a favor del fideicomisario.

Con todo ello, es nuestra intención resaltar que, aunque reconocemos la mayor regulación y alcance de la institución española frente a la italiana, a la hora de comparar nuestra figura especial con aquélla, nos llama la atención cómo, aun existiendo 28 años de diferencia entre la regulación de una y otra, la aprobada en 1.975 en Italia, puede considerarse más acorde con las demandas de la sociedad actual en ciertos aspectos de su regulación, que la aprobada en España en 2.003.

Antes de comenzar a enumerar las diferencias existentes entre las similares instituciones de ambos países, aprovechamos la ocasión para hacer una breve reflexión: ¿por qué no se fijó el legislador español en la figura italiana a la hora de redactar la sustitución fideicomisaria especial?

Y es que, coincidimos con CLAVERÍA GOSÁLBEZ<sup>1138</sup> cuando, tras abogar por que la ley española 7/1998 de condiciones generales de la contratación, se asemejase, siempre con algunas adaptaciones, lo más posible a la ley alemana de condiciones generales de 1.976, acaba manifestando que *“Obviamente cabía también hacer una ley española original técnicamente aceptable, pero, si no se atrevían los redactores a tanto, quedaba la solución de la prudente imitación de una Ley extranjera, como la apuntada”*. Concluye el referido autor su artículo recordando que *“Hacer leyes es muy impotante y muy difícil”*.

Dicho lo cual, y admitiendo que también en la regulación de la figura italiana (recordemos que es de 1.975) existen lagunas jurídicas que conducen a diversos posicionamientos doctrinales en diferente sentido, lo cierto es que, en nuestra opinión, consideramos que, seguramente, de haber tenido como referente el legislador español de 2.003 la figura italiana de 1.975, algunas, no todas, de las dudas existentes en la actualidad en nuestro Ordenamiento no existirían, llegando a tal conclusión en base a las diferencias que existen en la regulación de una y otra institución, tal y como pasamos a enumerar.

---

<sup>1138</sup> CLAVERÍA GOSÁLBEZ, “Una nueva necesidad: la protección frente a los desatinos del legislador”, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LI, 1.998, pág. 1.302.

### **8.1.- La sustitución fideicomisaria como medio de protección a favor de los tutelados en Italia, y no de los curatelados**

En Italia, la sustitución fideicomisaria únicamente podrá establecerse a favor de las personas que, debido al grado de su enfermedad mental, necesitan ser tuteladas, lo cual excluye del ámbito de protección de la institución a las personas curateladas.

En España, en cambio, podrán ser beneficiarios de la sustitución fideicomisaria especial, tanto las personas tuteladas como las curateladas, ya que el requisito exigido en nuestro C.c. para poder ser fiduciario es el de ostentar la condición de incapacitado judicialmente, siendo indiferente que el grado de enfermedad haya hecho necesario la tutela o la curatela como medida de guarda y protección ideal a favor de la persona incapacitada.

En nuestra opinión, ésta es la diferencia más importante entre las instituciones de ambos países desde el punto de vista práctico, ya que supone que en España todos los curatelados podrán ser fiduciarios de la sustitución fideicomisaria especial, siendo actualmente la curatela la medida de protección preferida por los Tribunales en nuestro Ordenamiento jurídico.

Pero, ¿por qué no limitó el legislador español la figura de la sustitución fideicomisaria especial, exclusivamente, a favor de los tutelados? Bajo nuestro punto de vista, porque hasta la entrada en vigor de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en 2.006, la curatela no tenía ningún peso en nuestro sistema jurídico, siendo su uso prácticamente testimonial. Sin embargo, a partir de dicha fecha, la curatela comienza a ser la institución más usada por nuestros Tribunales<sup>1139</sup>, intentando limitar a través de ésta lo menos posible la capacidad de obrar de las personas incapacitadas, tal y como exige el artículo 12 de la Convención.

Por todo ello, consideramos que si el legislador español tuviese que volver a redactar hoy en día el contenido de la sustitución fideicomisaria especial como hizo en 2.003, limitaría el alcance de la institución exclusivamente a favor de aquellas personas tuteladas judicialmente, excluyendo, con ello, como posibles beneficiarios a la gran

---

<sup>1139</sup> Podríamos decir que se usa casi por defecto como medida de protección y guarda dentro del procedimiento de incapacitación, quedando reservada la tutela para la minoría de los supuestos.

mayoría de incapacitados actuales, es decir, a los curatelados, tal y como hizo el legislador italiano en 1.975.

## **8.2.- La enfermedad mental como única causa para incapacitar a alguien en Italia, a diferencia de lo que ocurre en España**

En Italia, únicamente se podrá ser incapacitado cuando se sufra una enfermedad mental, y nunca física, a diferencia de lo que ocurre en España, donde tal y como recoge nuestro artículo 200 del C.c., son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

## **8.3.- Finalidad asistencial en Italia, frente a la finalidad patrimonial en España**

Si bien en ambos países la preocupación del legislador fue la de introducir una medida de protección a favor de las personas incapacitadas, en Italia primó más la protección desde un punto de vista asistencial del incapacitado durante toda su vida (beneficiando a aquellas personas o entes que hubiesen cuidado del mismo hasta su muerte, bajo la vigilancia del tutor), mientras que, en España, en cambio, se apostó por su protección económica, permitiéndosele al testador dejarle toda la herencia al incapacitado (con la sustitución fideicomisaria sobre todo el tercio de legítima estricta) hasta su fallecimiento.

Llegados a este momento entendemos útil recordar, como expusimos en el capítulo anterior, la afirmación de los notarios españoles cuando señalaban que la principal preocupación de los padres y ascendientes de personas incapacitadas era: ¡quién cuidará de él cuando yo falte!

Por nuestra parte, consideramos que dicha inquietud quedaría resuelta de forma más eficaz con la finalidad asistencial existente en Italia que con la patrimonial que rige en España, ya que, reiteramos, en Italia, para que el fideicomisario llegue a heredar al fiduciario, deberá haber cuidado de éste durante toda su vida bajo la supervisión del tutor, lo cual, en la gran mayoría de los casos, conllevará a que los incapacitados hayan sido atendidos y cuidados hasta su fallecimiento; mientras que en España, la novedad

introducida en 2.003 como medio de protección a favor de las personas con discapacidad, es la posibilidad de que el testador le deje también el tercio de legítima estricta, pero sin la seguridad de que nadie, fuera del tutor, se encargue de su cuidado hasta su muerte, y sin la posibilidad de incentivar a alguien (como, por ejemplo, a un centro privado o público con dicha finalidad), para que lo haga.

#### **8.4.- Fijación del fallecimiento del incapacitado en Italia como momento en el que opera la delación hereditaria a favor del fideicomisario**

En España, como sabemos, y a pesar de que nosotros abogamos por el fallecimiento del fiduciario incapacitado como único momento posible en la sustitución fideicomisaria especial para que opere la delación a favor del fideicomisario, lo cierto es que, al respecto, existen diversas corrientes doctrinales que se posicionan en diferentes líneas interpretativas.

En Italia, sin embargo, esta diversidad de interpretación no existe en tal sentido, ya que el CC recoge literalmente que no será hasta la muerte del incapacitado fiduciario cuando haya de operar la delación hereditaria, asegurándose, con ello, el legislador que la persona incapacitada estará asistida-cuidada por el fideicomisario hasta sus últimos días.

#### **8.5.- Diferencia existente en los sujetos que conforman ambas instituciones**

Mientras en Italia puede ser fiduciario el hijo, el descendiente y el cónyuge del testador, en España sólo podrán ostentar tal condición los hijos o descendientes, nunca los cónyuges, siendo ésta, a nuestro parecer, una gran ventaja a favor de las personas incapacitadas italianas, respecto a las españolas.

En cuanto a los fideicomisarios, en España tan sólo podrán ser los padres o ascendientes, mientras que en Italia podrá ser cualquier persona o ente, público o privado, con las ventajas que ello puede suponer para el fiduciario incapacitado (no es lo mismo que se encargue del incapacitado una persona física, que una institución cuyo fin social es precisamente ese, el cuidado de personas necesitadas de protección).

### **8.6.- La exclusión de la cláusula *si sine liberis decesserit* como componente de la sustitución fideicomisaria en Italia, y su inclusión en la institución española**

Las disposiciones italianas que incluyan la cláusula *si sine liberis decesserit* serán plenamente eficaces, si bien son disposiciones que nada tienen que ver con las sustituciones fideicomisarias.

En cambio, en España, la cláusula *si sine liberis decesserit* sí puede formar parte de las sustituciones fideicomisarias, siendo, de hecho, la modalidad de sustitución fideicomisaria condicional más arraigada en nuestro Ordenamiento jurídico.

### **8.7.- Diferente alcance de la vulneración del principio de intangibilidad de la legítima en uno y otro Ordenamiento**

Tal y como venimos exponiendo a lo largo del presente trabajo, en Italia, mediante la sustitución fideicomisaria, el legislador permitió la violación del principio de intangibilidad de la legítima, a través del gravamen de la cuota de ésta correspondiente al propio incapacitado, la cual iría a parar a favor de los fideicomisarios siempre y cuando hubiesen cumplido con la asistencia y el cuidado del fiduciario.

Sin embargo, en España, la vulneración del principio de intangibilidad de la legítima va mucho más allá, ya que no es la legítima estricta del propio incapacitado la que se ve afectada por la sustitución fideicomisaria especial, sino que es la legítima estricta del resto de herederos forzosos del testador, con las consecuencias jurídicas que ello conlleva.

En resumen, entendemos que el testador italiano encontrará menos dificultades a la hora de establecer la sustitución fideicomisaria asistencial, ya que, a través de ésta, no estará gravando al resto de sus herederos forzosos en su legítima, sino que únicamente perjudicará a los herederos del fiduciario incapacitado en el caso de que éstos existan, si bien hemos de tener en cuenta que el testador también los puede designar a ellos como fideicomisarios.

### **8.8.- Diferente regulación otorgada a la premeriencia del fideicomisario al fiduciario en la sustitución fideicomisaria asistencial italiana, y en la institución especial española**

En la sustitución fideicomisaria especial española, el fideicomisario, en los casos que premuera al fiduciario, adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del causante, transmitiendo, desde entonces, su derecho a sus herederos (artículo 784 del C.c.).

Sin embargo, en la sustitución fideicomisaria asistencial italiana, tal y como establece el artículo 696 CC, si el fideicomisario muere o se extingue antes de la muerte del fiduciario, los bienes que le correspondiesen irán a parar a los sucesores legítimos del incapacitado.

## CONCLUSIONES

**1ª.-** Al abordar el estudio de la sustitución fideicomisaria, hacemos referencia a una de las figuras jurídicas más importantes que han existido a lo largo de Historia en nuestro Derecho Sucesorio.

El origen de la figura se sitúa en el Derecho Romano, apareciendo en el siglo I de nuestra era y pasando desde el Código de las Partidas hasta la Novísima Recopilación, así como por las Leyes Desvinculadoras, y por diferentes Proyectos de Códigos civiles, hasta la promulgación definitiva del C.c. de 1.889.

Por ello, podemos afirmar, con rotundidad, que la sustitución fideicomisaria siempre ha estado presente en nuestro sistema, desde la época romana hasta nuestros días, lo cual bastaría para defender la importancia que otorgamos a la institución desde el título de nuestro trabajo.

El hecho de que aquellos países que en un principio optaron por erradicar la figura de sus Ordenamientos jurídicos, acabasen readmitiéndola con posterioridad, como sucedió en Francia, Italia o Portugal, es otro de los argumentos que apoyan su relevancia.

Sin embargo, desde su inclusión en el C.c. (y a diferencia de lo sucedido en el Derecho intermedio, desde Las Partidas hasta la época codificadora, donde se produjo una abundante literatura sobre el alcance y finalidad de la institución), lo cierto es que la sustitución fideicomisaria fue perdiendo peso dentro de nuestro Derecho Sucesorio.

Pero es en 2.003, cuando la institución vuelve a resurgir con más fuerza que nunca, cuando, a través de la LPPD, el legislador amplía significativamente su alcance, pasando a convertirse en una de las figuras jurídicas más importantes de nuestro Ordenamiento jurídico dentro del ámbito sucesorio.

En primer lugar, porque ha sido la institución elegida por el legislador español de 2.003 para resolver un problema de indudable actualidad y enorme alcance desde el punto de vista jurídico: la protección de las personas incapacitadas judicialmente.

Pero, sobre todo, en segundo lugar, porque, a través de este nuevo alcance concedido a la figura como medio de protección de las personas incapacitadas judicialmente, la sustitución fideicomisaria ha sido el primer medio jurídico elegido por el legislador español para acabar con el principio, sagrado en nuestro Derecho, de la intangibilidad

de la legítima, ya que estableciendo el testador una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta para beneficiar a sus hijos o descendientes judicialmente incapacitados, se grava la legítima estricta del resto de herederos forzosos, lo cual va contra todos los antecedentes históricos y fundamentos del C.c.

Y no sólo puede producirse la tangibilidad cualitativa de la legítima, sino que apostamos, coincidiendo con ello con parte de la doctrina más cualificada en la materia, porque, a través del nuevo alcance otorgado a la sustitución fideicomisaria, también puede producirse su tangibilidad cuantitativa, siempre y cuando el testador haya establecido la sustitución fideicomisaria de residuo sobre el tercio de legítima estricta como medio de protección ideal a favor de los hijos o descendientes incapacitados judicialmente.

El nuevo alcance conferido a la sustitución fideicomisaria, conocido como sustitución fideicomisaria especial, no sólo supone una mayor protección patrimonial a favor de los hijos o descendientes incapacitados, sino que, al mismo tiempo, engloba una mayor libertad de testar a favor de los padres o ascendientes de éstos, ya que, a partir de 2.003, podrán decidir libremente si establecen sobre todo el tercio de legítima estricta una sustitución fideicomisaria a favor del incapacitado judicialmente, gravando, con ello, al resto de herederos forzosos en su legítima estricta, vulnerándose, de este modo, por primera vez, el principio histórico de la intangibilidad de la legítima.

**2ª.-** Como indica el propio nombre de la Ley que introduce el nuevo alcance de la sustitución fideicomisaria en 2.003 (Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad), la finalidad de la institución es clara: la protección patrimonial de los incapacitados.

Con ello, el legislador de dicho año intenta acabar con la principal preocupación que a lo largo de su vida atormenta a padres y ascendientes de personas incapacitadas: ¿quién cuidará de mi hijo o descendiente incapacitado cuando yo falte?

Y lo hace, precisamente, a través de la sustitución fideicomisaria especial, con la que el testador podrá proteger más que nunca, desde el punto de vista patrimonial, a su hijo o descendiente incapacitado judicialmente, adjudicándole el tercio de libre disposición, el de mejora y la cuota que por legítima estricta le corresponda, más el resto del tercio de

legítima estricta mediante una sustitución fideicomisaria especial, en la cual, será designado fiduciario el incapacitado judicialmente, y fideicomisarios el resto de herederos forzosos, los cuales serán gravados con esta decisión del testador, ya que será sobre su propia cuota de legítima estricta sobre la que se constituye la sustitución fideicomisaria a favor del incapacitado.

Dicho lo cual, hemos de admitir que nos sorprende que el legislador español de 2.003 no tomase como modelo la regulación de la sustitución fideicomisaria italiana como medio de protección ideal de las personas incapacitadas, ya que ésta, aún datando de 1.975, en nuestra opinión, cumple de forma más efectiva con la demanda social actual que la institución española de 2.003.

Y es que, en Italia la preocupación del legislador de 1.975 al regular la institución como medio de protección del incapacitado giró en torno a quién se encargaría de cuidar y asistir a éste durante toda su vida, a diferencia de lo que ocurrió en España, donde parece que primó en el legislador la preocupación de qué patrimonio podía dejarle el testador al incapacitado.

En definitiva, la finalidad de la institución en Italia es puramente asistencial, en vez de patrimonial, lo cual supone que el testador, a través de la sustitución fideicomisaria, se asegura que su hijo, descendiente o cónyuge incapacitado, durante toda su vida estará asistido y cuidado por el fideicomisario, el cual, para que se produzca la delación hereditaria a su favor, deberá haber cuidado y asistido al incapacitado bajo la vigilancia del tutor.

Igualmente, consideramos como una ventaja a favor de los testadores italianos respecto a los españoles, el hecho de que, en Italia, no sólo puede protegerse mediante la institución a los hijos o descendientes, sino también a los cónyuges incapacitados; a ello ha de sumarse que fideicomisario podrá ser cualquier persona física o jurídica, englobando esta última a los centros especializados en el cuidado de personas necesitadas de protección.

Sin embargo, en España, a través de la sustitución fideicomisaria especial, se optó por la protección patrimonial de los hijos o descendientes incapacitados judicialmente más que por su protección asistencial, lo cual hace que nos planteemos que, tal vez, la gran mayoría de padres o ascendientes de personas incapacitadas, más que mejorar

económicamente a éstas con una sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta del resto de herederos forzosos, hubiesen preferido “premiar” con la legítima del propio incapacitado a la persona o institución especializada que haya cuidado-asistido-protégido, bajo la vigilancia del tutor, a su hijo o descendiente incapacitado hasta su muerte, tal y como acontece en Italia.

**3ª.-** Una vez reconocida su trascendencia, es innegable que la regulación de la sustitución fideicomisaria en nuestro C.c. es, a todas luces, insuficiente, ya que, mientras el C.c. Catalán, por ejemplo, le dedica cincuenta y nueve preceptos a su figura, el nuestro le dedica tan sólo nueve artículos, lo cual ha generado, desde 1.889, bastantes problemas interpretativos en relación con la institución.

Aunque, sin ninguna duda, su regulación es más alarmante aún tras la configuración dada a la institución en 2.003 a través de la LPPD, ya que resulta difícil de entender cómo tras el nuevo alcance de la sustitución fideicomisaria otorgado a la figura, a través del cual se acaba con el principio histórico de la intangibilidad de la legítima, se dedique únicamente, tres artículos más a los nueve ya existentes en nuestro C.c.

Por ello, reconociendo, como no puede ser de otra forma, la loable intención del legislador de 2.003 de dispensar una mayor protección a favor del incapacitado a través de la sustitución fideicomisaria especial, consideramos igualmente criticable la deficiente redacción técnica dada por éste a la institución, la cual origina una serie de lagunas jurídicas de no escasa importancia, como son las siguientes:

.- Recoge la Exposición de Motivos de la Ley que uno de sus objetivos es conseguir que la asistencia económica al discapacitado (o incapacitado, al que también protege la LPPD) no se haga sólo con cargo al Estado o a la familia de éste, sino con cargo a su propio patrimonio. Sin embargo, con la sustitución fideicomisaria especial el legislador hace cargar con la protección económica del incapacitado sobre su familia, ya que mediante dicha institución grava la legítima estricta del resto de herederos forzosos (hermanos, tíos y padres del incapacitado).

.- ¿Por qué no se ha incluido como posibles beneficiarios de la sustitución fideicomisaria especial a los ascendientes y al cónyuge, siempre que estén incapacitados judicialmente, si igualmente se recoge en su Exposición de Motivos que uno de los

objetivos de la Ley 41/2.003, es el de proteger a las personas de cierta edad, como pueden serlo aquéllas que sufren la enfermedad de Alzheimer?

.- ¿Deberán ostentar los descendientes del testador la condición de legitimarios para poder ser instituidos como fiduciarios?

.- En caso de establecer la sustitución fideicomisaria especial sobre el tercio de legítima estricta, ¿quedará obligado el testador a asignar al incapacitado el tercio de mejora y el de libre disposición?

.- ¿Qué sucederá en los casos en los que exista más de un hijo o descendiente incapacitado judicialmente? ¿Podrá favorecer a uno de ellos, gravando al resto de hijos o descendientes incapacitados su parte de legítima estricta?

.- ¿Recae la institución especial sobre todo el tercio de legítima estricta, incluida la cuota correspondiente al incapacitado, o sólo sobre la que corresponde a los herederos forzosos?

.- En cuanto a la incapacitación del fiduciario, ¿en qué momento exacto habrá de estar declarada mediante sentencia judicial firme?

.- ¿Podrá el testador fijar la duración de la sustitución fideicomisaria especial mediante un término o condición diferente a la muerte del fiduciario incapacitado?

.- ¿Qué sucede si el fiduciario recupera la capacidad?

.- ¿Puede el tutor, con los bienes del incapacitado fiduciario y en su nombre, adquirir bienes a su favor?

.- ¿Será posible establecer una sustitución fideicomisaria especial de residuo, aun cuando la misma pueda deparar la tangibilidad cuantitativa de la legítima?

**4ª.-** Ante cada una de las diferentes cuestiones planteadas, existen diferentes posiciones doctrinales a la hora de interpretarlas e intentar resolverlas. Sin embargo, a día de hoy, no existe ninguna posición jurisprudencial que nos permita posicionarnos a favor de una u otra solución en cada conflicto planteado, ya que 12 años después de la promulgación

de la LPPD, seguimos sin tener ni una sola sentencia en relación con la sustitución fideicomisaria especial.

Si bien consideramos que 12 años es poco tiempo para que la figura objeto de estudio empiece a aparecer con frecuencia en nuestros tribunales (ya que primero el causante ha tenido que elaborar un testamento que recoja la sustitución fideicomisaria especial; después se ha tenido que producir el fallecimiento de éste; tras su apertura, el testamento deberá ser impugnado por los fideicomisarios; y una vez impugnado, toca esperar que se dilucide el asunto en los juzgados hasta que la sentencia sea firme), tampoco podemos descartar que, dada su regulación actual, en un futuro no muy lejano la sustitución fideicomisaria especial se convierta en una de esas figuras jurídicas existentes en nuestro Ordenamiento jurídico a las que, en la práctica, apenas se acude.

Y es que, tengamos en cuenta que si bien es cierto que la principal preocupación de las personas con hijos o descendientes incapacitados es “quién cuidará de ellos cuando yo no esté”, cada familia es un mundo, y existirán testadores que, al conocer el alcance de la sustitución fideicomisaria especial, decidan no optar por ella como medio de protección ideal para protegerlos.

Se nos ocurren diversas razones por las que, tal vez, un testador, aun queriendo proteger a su hijo o descendiente incapacitado, rehúse acudir a la institución que analizamos. Por ejemplo, para no privar al resto de herederos forzosos de su legítima estricta; o, por el miedo del testador a las “ampollas” (permítasenos la expresión) que en el resto de legitimarios puede levantar contra el incapacitado de adoptarse tal posibilidad (en ocasiones, suele encargarse del incapacitado algún hermano); o, también, por el conocimiento y certeza del testador de que existen familiares del incapacitado (mujer o hijos) que se encargarán de éste el resto de su vida; o, por último, por algo tan simple como que, con la asignación del tercio de libre disposición más el de mejora, más lo que le corresponda por legítima estricta, el testador considere que su hijo o descendiente incapacitado queda suficientemente protegido desde el punto de vista patrimonial, para el resto de su vida. Por ello, de seguir la institución con la misma regulación, parece lógico apostar por su escaso uso práctico en el futuro.

Sin embargo, en nuestra opinión, la situación puede cambiar, ya que la sustitución fideicomisaria especial está abocada a sufrir, más pronto que tarde, una reforma en su regulación, momento en el cual el legislador deberá hilar fino y, a través de ciertas

modificaciones, presentar la institución como el medio de protección ideal a favor de las personas incapacitadas, circunstancia que, hoy en día, por todas las lagunas y deficiencias técnicas que venimos detectando, no puede apreciarse con total claridad.

**5ª.-** El motivo para apostar por una próxima reforma de la sustitución fideicomisaria especial lo encontramos en que la institución, como sabemos, tiene como finalidad la protección exclusiva de los incapacitados. ¿Y qué ocurriría si en nuestro Ordenamiento el término “incapacitado” desapareciera? ¿A favor de quién podría establecerse, entonces, la institución especial?

No hay dudas de que el procedimiento de incapacitación, así como el término “incapacitado”, tienen las horas contadas en nuestro Ordenamiento, como se acredita con el hecho de que el legislador en las últimas leyes promulgadas haya dejado de referirse al “procedimiento de incapacitación” para usar, en su lugar, el de “procedimiento de modificación de la capacidad de obrar” o el de “proceso judicial para modificar la capacidad de una persona”, mientras que el término “incapacitado” lo ha sustituido por otros como el de “personas con discapacidad necesitadas de una especial protección”, o “persona con capacidad modificada judicialmente”.

Entendemos que una vez desaparezcan los términos “procedimiento de incapacitación” e “incapacitado” del C.c., el ámbito de aplicación de la sustitución fideicomisaria especial deberá ser nuevamente definido, momento en el cual, deberá fijarse si la institución alcanza a proteger tanto a los curatelados como a tutelados, como ocurre hoy en día, o, por el contrario, el legislador decide restringir su ámbito a las personas tuteladas, como, por ejemplo, sucede con la sustitución fideicomisaria en Italia.

Y es que, a diferencia de lo que ocurría en 2.003, en la actualidad, de las cientos de sentencias de incapacitación que se dictan cada año en España, la gran mayoría de ellas apuestan por la curatela como institución de guarda preferida frente a la tutela.

Con ello, nuestros tribunales cumplen con las exigencias marcadas por la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, limitando lo menos posible la capacidad de obrar de las personas con discapacidad o necesitadas de protección.

Esto quiere decir que, como mínimo, hasta la futura reforma de la institución especial, en los próximos años, por regla general, los incapacitados españoles serán personas curateladas, quedando reservada la figura de la tutela para aquellos casos más graves en los que la persona se encuentre totalmente privada de su capacidad de obrar, necesitando, por ende, que alguien tome por ella todas las decisiones de su vida y actué sustituyéndola, para lo cual quedará reservada la figura del tutor.

Pero, ¿realmente era la intención del legislador de 2.003 que el alcance de la sustitución fideicomisaria especial englobase también a los curatelados o, únicamente contemplaba la posibilidad de favorecer mediante la figura a los tutelados, ya que, por aquella fecha, repetimos, la tutela se establecía como institución de guarda casi por defecto?

**6ª.-** Se nos ocurren una serie de modificaciones que, tal vez, pudiesen contribuir a que la sustitución fideicomisaria sea en el futuro una figura más práctica e interesante para los familiares de personas incapacitadas judicialmente, modificaciones todas ellas que se engloban siempre dentro de la finalidad patrimonial que ya le otorgó a la institución el legislador de 2.003, el cual descartó, con ello, la posible finalidad asistencial de la figura, como ocurre en Italia, lo cual, bajo nuestro punto de vista, tal vez hubiese sido más efectivo.

Pero, centrándonos en la sustitución fideicomisaria especial española de 2.003 y en la posible protección patrimonial que ésta concede a los incapacitados judicialmente, entendemos que podría ser de gran interés práctico que en su pronta reforma se incluyesen, en concreto, las siguientes modificaciones:

a.- Delimitación exacta de su alcance.

La figura especial conlleva una serie de consecuencias de tal calado jurídico que exige que el legislador delimite clara y específicamente a favor de quién podrá constituirse, y más teniendo en cuenta que los términos genéricos de “procedimiento de incapacitación” e “incapacitado judicialmente”, han comenzado a desaparecer de nuestro Ordenamiento.

En este sentido, creemos que nuestro procedimiento de incapacitación acabará equiparándose con el italiano, donde incapacitados únicamente son los tutelados, y la

institución de la curatela queda regulada al margen de la incapacidad, siendo, por ello, una figura ajena a la incapacidad. De hecho, en Italia existe la *interdizione* (incapacidad) y la *inabilitazione* (inhabilitación), nombrándose, en la primera, tutores que sustituyen al incapacitado en su toma de decisiones por no poder hacerlo él mismo, y, en la segunda, curadores que únicamente le asistan en lo que necesiten.

Por ello, una vez se aclare a qué personas se aplicará el nuevo procedimiento de incapacidad, entendemos que lo lógico sería la fijación de la sustitución fideicomisaria especial como medio de protección exclusivo de las personas tuteladas, y no de las curateladas.

Y es que, mientras los tutelados son personas que, debido a la gravedad de su enfermedad, precisan que otra les represente en todos los ámbitos de su vida, los curatelados, no lo olvidemos, son personas que necesitan ser apoyadas sólo en ciertos aspectos vitales, pero cuya enfermedad (pueden ser desde alcohólicos, pródigos, drogodependientes, hasta esquizofrénicos, etc.) no les imposibilita el ejercicio de su plena capacidad de obrar, por lo que entendemos que, debido a las consecuencias jurídicas de la institución (privación momentánea de su legítima estricta para el resto de fideicomisarios), únicamente debería quedar reservada a los tutelados, tal y como sucede en Italia.

b.- También sería conveniente que se fijase en la futura reforma de la institución, como único límite posible de la misma, el fallecimiento del incapacitado o el recobro de su capacidad.

c.- Incluir en su ámbito de protección no sólo a hijos o descendientes incapacitados judicialmente, sino también a los padres, ascendientes y cónyuges del testador, que ostenten tal condición, haría, en nuestra opinión, mucho más útil la sustitución fideicomisaria especial, ya que, la gran mayoría de incapacitados que existen en nuestro país, son personas mayores.

d.- Que se establezca, con claridad, que la sustitución fideicomisaria especial no recaerá sobre la propia legítima estricta del fiduciario protegido, sino, única y exclusivamente, sobre la legítima estricta del resto de herederos forzosos.

e.- En caso de concurrir varios hijos o descendientes incapacitados, el testador quedará libremente facultado para elegir a cuál de ellos beneficia, si bien, la figura especial no

podrá gravar la porción de legítima estricta de los hijos o descendientes incapacitados que no fueron elegidos por el testador para ello.

f.- Igualmente, entendemos necesario que la nueva regulación de la institución establezca que la sustitución fideicomisaria especial alcanzará exclusivamente la legítima estricta, pudiendo, por tanto, disponer libremente el testador del tercio de libre disposición y del de mejora como estime oportuno.

g.- También debería aclararse, a partir de su modificación, que, para que surta efecto la figura especial, el procedimiento de incapacitación del fiduciario deberá iniciarse siempre con anterioridad a la apertura de la sucesión (muerte del testador), pudiendo producirse la sentencia declarativa de incapacitación, incluso, después del fallecimiento del testador.

h.- La nueva regulación debería reflejar que el fiduciario incapacitado podrá disponer de los bienes fideicomitidos por necesidades vitales siempre con la autorización judicial, excluyendo, de forma clara y expresa, la sustitución fideicomisaria especial de residuo, cosa que no se hizo en 2.003, de ahí que, hoy en día, esta modalidad se encuentre permitida.

i.- De la misma forma, deberá exigirse al tutor del fiduciario incapacitado autorización judicial para comprar o adquirir cualquier bien a favor del incapacitado, tal y como ocurre en Italia debido a la redacción dada al artículo 374 de su C.c.

Concluimos el trabajo afirmando que, a pesar de la deficiente regulación otorgada a la institución y de la necesidad, en nuestra opinión, de su modificación en la línea anteriormente expuesta, gracias a la sustitución fideicomisaria especial introducida por la LPPD en nuestro Ordenamiento jurídico, a partir de 2.003, cada vez que en España se dicta una sentencia de incapacitación, se le está reconociendo a los padres o ascendientes del incapacitado uno de los mayores derechos que pueden reconocerse en nuestro Derecho Sucesorio, y del que carecían hasta entonces (y siguen careciendo el resto de españoles que no tienen hijos o descendientes incapacitados judicialmente), como es la posibilidad de violar el principio histórico de la intangibilidad de la legítima estricta, gravando dicho tercio con una sustitución fideicomisaria en la que fiduciario sean los hijos o descendientes incapacitados judicialmente, y fideicomisarios el resto de herederos forzosos.

## CONCLUSIONI

**1<sup>a</sup>.**- Nell'affrontare lo studio della sostituzione fedecommissaria, ci riferiamo a una delle figure giuridiche più importanti mai esistite in tutta la storia del nostro diritto successorio.

L'origine della figura è situata nel Diritto Romano, e fa la sua comparsa nel secolo I della nostra era, passando dal *Código de las Partidas* fino alla *Novísima Recopilación*, così come attraverso le *Leyes Desvinculadoras* e differenti progetti di Codici civili fino alla promulgazione definitiva del C.c. del 1889.

Per questo motivo, possiamo affermare con forza che la sostituzione fedecommissaria è sempre stata presente nel nostro sistema, dall'epoca romana fino ai nostri giorni: ciò sarebbe sufficiente a difendere l'importanza che, sin dal titolo del presente lavoro, conferiamo a questa istituzione.

Il fatto che i Paesi che inizialmente decisero di sradicare la figura dal proprio ordinamento giuridico, l'abbiano riammessa in seguito (come è accaduto in Francia, Italia o Portogallo), è un altro degli argomenti a sostegno della sua rilevanza.

Tuttavia, a partire dalla sua inclusione nel C.c. (e a differenza di quanto accaduto nel diritto intermedio, da *Las Partidas* fino all'epoca della codificazione, quando venne prodotta un'abbondante letteratura sull'ambito e sulla finalità dell'istituzione), è pur vero che la sostituzione fedecommissaria ha progressivamente perso peso all'interno del nostro Diritto Successorio.

È nel 2003, quando l'istituzione risorge con più forza che mai, che il legislatore, attraverso la Legge di Protezione Patrimoniale delle Persone con Disabilità (LPPD), ne amplia in maniera significativa il raggio d'azione e fa sì che questa diventi una delle figure giuridiche più importanti del nostro Ordinamento giuridico all'interno dell'ambito successorio.

In primo luogo, perché è stata l'istituzione che il legislatore spagnolo del 2003 ha scelto per risolvere una questione di indubbia attualità e di enorme portata dal punto di vista giuridico: la protezione delle persone giuridicamente interdette e inabilite.

In secondo luogo, soprattutto perché attraverso il nuovo raggio d'azione conferito alla figura come mezzo di protezione delle persone giuridicamente interdette e inabilite, la

sostituzione fedecommissaria è stata il primo mezzo giuridico scelto dal legislatore spagnolo per porre fine al principio, sacro nel nostro Diritto, dell'intangibilità della legittima, questo perché se il testatore stabilisce una sostituzione fedecommissaria sul terzo della quota di legittima stretta spagnola per beneficiare i propri figli o discendenti giuridicamente interdetti o inabilitati, viene vincolata la quota di legittima stretta dei restanti eredi legittimari, cosa che va contro tutti gli antecedenti storici e i fondamenti del Codice civile.

Riteniamo (d'accordo con parte della dottrina più qualificata in materia) che possa verificarsi non solo la tangibilità qualitativa della legittima, ma anche la sua tangibilità quantitativa attraverso il nuovo raggio d'azione conferito alla sostituzione fedecommissaria, a condizione che il testatore abbia stabilito il fedecommissario de residuo sul terzo della quota di legittima stretta come mezzo di protezione ideale a favore dei figli o dei discendenti giuridicamente interdetti o inabilitati

La nuova portata della sostituzione fedecommissaria, conosciuta come sostituzione fedecommissaria speciale, non solo comporta una maggiore protezione patrimoniale a favore dei figli o dei discendenti interdetti o inabilitati, ma al tempo stesso garantisce una libertà più ampia di testare a favore dei loro genitori o ascendenti, poiché a partire dal 2003 potranno decidere liberamente se stabilire su tutto il terzo della quota di legittima stretta una sostituzione fedecommissaria a favore della persona giuridicamente interdetta o inabilitata, vincolando, in tal modo, il resto degli eredi legittimari rispetto alla loro quota di legittima stretta: viene così intaccato, per la prima volta, il principio storico dell'intangibilità della legittima.

**2<sup>a</sup>.**- Come indica il nome stesso della legge che introduce il nuovo raggio d'azione della sostituzione fedecommissaria nel 2003 (Legge di Protezione Patrimoniale delle Persone con Disabilità), oggi la finalità dell'istituzione è chiara: la protezione patrimoniale degli interdetti e gli inabilitati.

In questo modo, il legislatore del 2003 cerca di porre fine alla principale preoccupazione che assilla i genitori delle persone interdetto e inabilitati: chi si prenderà cura di mio discendente interdetto o inabilitato quando io non ci sarò più?

E lo fa, principalmente, attraverso la sostituzione fedecommissaria speciale, con la quale il testatore potrà proteggere il più possibile, dal punto di vista patrimoniale, il proprio figlio o discendente giuridicamente interdetto o inabilitato per tutta la sua vita, poiché a partire dal 2003 non solo sarà in grado di proteggerlo lasciandogli la quota disponibile, più la quota di mejora, più la sua quota di legittima stretta, ma potrà beneficiarlo rendendolo fiduciario di tutto il resto del terzo di quota di legittima stretta, vincolando, in tal modo, il resto degli eredi legittimari.

Tuttavia, sorprende che il legislatore spagnolo del 2003 non abbia adottato a modello la regolazione della sostituzione fedecommissaria italiana come mezzo di protezione ideale delle persone interdette, poiché questa, sebbene risalga al 1975, risponde a nostro avviso più efficacemente alla domanda sociale attuale rispetto all'istituzione spagnola del 2003.

Ciò è dovuto al fatto che il legislatore italiano del 1975, al momento di regolare l'istituzione come mezzo di protezione dell'interdetto, si è preoccupato principalmente di stabilire quale fosse la persona incaricata di prendersi cura e di assistere l'interdetto nel corso della sua vita; a differenza di quanto accaduto in Spagna, ove sembra aver prevalso, nel legislatore, la preoccupazione relativa a che patrimonio potesse essere lasciato dal testatore all'interdetto.

In definitiva, invece che patrimoniale, la finalità dell'istituzione in Italia è puramente assistenziale, il che suppone che il testatore, tramite la sostituzione fedecommissaria, si assicuri che il proprio figlio, discendente o coniuge interdetto, durante tutta la sua vita, riceva cura e assistenza da parte del fedecommissario, il quale, affinché avvenga la delazione ereditaria a suo favore, dovrà aver garantito tale cura e assistenza all'interdetto dietro vigilanza del tutore.

Analogamente, consideriamo sia un vantaggio dei testatori italiani rispetto a quelli spagnoli il fatto che, in Italia, è possibile proteggere tramite l'istituzione non solo i figli o i discendenti, ma anche i coniugi interdetti; inoltre, il fedecommissario può essere qualsiasi persona fisica o giuridica (in quest'ultima categoria possono rientrare i centri specializzati nella cura di persone bisognose di protezione).

In Spagna, al contrario, attraverso la sostituzione fedecommissaria speciale è stata scelta la protezione patrimoniale dei figli o dei discendenti giuridicamente interdetti e

inabilitati, invece di quella assistenziale, il che ci porta a domandarci se, forse, la stragrande maggioranza dei genitori o degli ascendenti di persone interdette e inabilite, più che migliorare economicamente la situazione economica di queste persone tramite una sostituzione fedecommissaria sulla quota di legittima stretta degli eredi legittimari rimanenti, non avrebbe preferito "premiare" con la legittima dello stesso interdetto la persona o l'istituzione specializzata incaricata di fornire cura, assistenza e protezione, dietro vigilanza del tutore, al proprio figlio o discendente interdetto o inabilitato fino alla sua morte, proprio come accade in Italia.

**3<sup>a</sup>.**- Dopo averne riconosciuto la rilevanza, è innegabile che la regolazione della sostituzione fedecommissaria nel nostro C.c. sia, a tutti gli effetti, insufficiente: mentre il Codice catalano, ad esempio, dedica cinquantanove disposizioni a questa figura, nel nostro C.c. sono solo nove articoli; ciò ha causato, dal 1889, diversi problemi di interpretazione per quanto riguarda l'istituzione.

Ciò nonostante, la regolazione della medesima è senza dubbio ancora più allarmante dopo la configurazione conferita all'istituzione nel 2003 tramite la LPPD, poiché risulta difficile capire in che modo, in seguito alla nuova portata attribuita alla sostituzione fedecommissaria (mediante cui si pone fine al principio storico dell'intangibilità della legittima), nel nostro C.c. siano stati aggiunti solo tre articoli ai nove già esistenti.

Per questo motivo, pur riconoscendo la lodevole intenzione del legislatore del 2003 di fornire una maggior protezione all'interdetto e all'inabilitato tramite la sostituzione fedecommissaria speciale, riteniamo allo stesso tempo criticabile l'insufficiente redazione tecnica che questi ha riservato all'istituzione, la quale crea una serie di lacune giuridiche di importanza non irrilevante, quali:

- Nei preamboli della legge si dichiara che uno degli obiettivi è garantire che l'assistenza economica al disabile (o all'interdetto e all'inabilitato, protetti anch'egli dalla LPPD) non venga realizzata solo a carico dello Stato o della famiglia di questi, ma anche a carico del proprio patrimonio personale. Tuttavia, con la sostituzione fedecommissaria speciale, il legislatore fa sì che la protezione economica dell'interdetto e dell'inabilitato sia a carico della famiglia di questi, giacché tramite questa istituzione vincola la quota di legittima del resto degli eredi legittimari (fratelli, zii e genitori dell'interdetto).

- Perché non sono stati inclusi, come possibili beneficiari della sostituzione fedecommissaria speciale, gli ascendenti e il coniuge, purché giuridicamente interdetti o inabilitati, se nei preamboli della legge si dichiara inoltre che uno degli obiettivi della LPPD è quello di proteggere le persone di una certa età, quali ad esempio coloro che soffrono di Alzheimer?
- I discendenti del testatore dovranno essere legittimari per poter essere istituiti come fiduciari?
- Qualora si stabilisca la sostituzione fedecommissaria speciale sul terzo di quota di legittima stretta, il testatore sarà obbligato ad assegnare all'interdetto e all'inabilitato il terzo di libera disposizione e quello di mejora?
- Cosa accadrà nei casi in cui esista più di un figlio o discendente giuridicamente interdetto o inabilitato? Potrà essere favorito uno di essi, vincolando al resto dei figli o dei discendenti interdetti o inabilitati la sua parte di quota di legittima stretta?
- L'istituzione speciale è valida su tutto il terzo della quota di legittima stretta, compresa la quota che corrisponde all'interdetto o all'inabilitato, o solo su quella che corrisponde agli eredi legittimari?
- Per quanto riguarda l'interdizione o inabilitazione del fiduciario, in che momento esatto dovrà essere dichiarata mediante sentenza giudiziaria definitiva?
- Il testatore potrà stabilire la durata della sostituzione fedecommissaria speciale per mezzo di un termine o di una condizione diversa dal decesso del fiduciario interdetto o inabilitato?
- Cosa succede se il fiduciario recupera la propria capacità?
- Il tutore può, con i beni dell'interdetto o inabilitato fiduciario e a suo nome, acquisire beni a favore di questi?
- Sarà possibile stabilire un fedecommesso de residuo, anche quando questo possa offrire la tangibilità quantitativa della legittima stretta?

**4<sup>a</sup>.**- Per quanto riguarda ciascuna delle varie questioni poste in precedenza, vi sono diverse posizioni dottrinali per interpretarle e cercare di risolverle. Tuttavia, non esiste attualmente alcuna posizione giurisprudenziale che ci consenta di prendere posizione a favore di una o dell'altra soluzione in ogni conflitto esposto, giacché 12 anni dopo la promulgazione della LPPD non vi è ancora stata nemmeno una sentenza riguardo alla sostituzione fedecommissaria speciale.

Pur considerando 12 anni un periodo di tempo insufficiente affinché la figura oggetto di studio inizi a comparire con frequenza nei nostri tribunali (infatti, per prima cosa il de cuius deve elaborare un testamento che contenga la sostituzione fedecommissaria; in secondo luogo, deve avvenire il suo decesso; una volta aperto, il testamento deve essere impugnato dai fedecommissari e, successivamente, è necessario attendere che la questione venga chiarita nei tribunali fino alla sentenza definitiva), non possiamo escludere l'ipotesi che in un futuro prossimo la sostituzione fedecommissaria speciale, data la sua regolazione attuale, diventi una di quelle figure giuridiche esistenti nel nostro Ordinamento giuridico a cui si ricorre di rado.

Ciò perché ogni famiglia è un mondo a sé stante e, se pure è vero che la principale preoccupazione delle persone con figli o discendenti interdetti e inabilitati è "chi si occuperà di loro quando io non ci sarò più", ci saranno testatori che, una volta conosciuto il raggio d'azione della sostituzione fedecommissaria speciale, decideranno di non sceglierla come mezzo di protezione ideale per tutelarli.

Sono molteplici le ragioni per le quali un testatore, pur desiderando proteggere il proprio figlio o discendente interdetto o inabilitato, rifiuti di servirsi dell'istituzione oggetto di studio. Per esempio, per non privare il resto degli eredi legittimari della loro quota di legittima stretta; oppure per il timore del testatore che tale possibilità possa far "perdere le staffe" (si passi l'espressione) al resto degli legittimari nei confronti dell'interdetto o dell'inabilitato (la persona che si occupa di loro è talvolta un fratello); o, in altri casi, perché il testatore è convinto e sicuro che vi sono familiari dell'interdetto o dell'inabilitato (moglie o figli) che si prenderanno cura di questi per il resto dei suoi giorni; o, infine, semplicemente perché con l'assegnazione del terzo di libera disposizione, più l'assegnazione del terzo di mejora, e di quanto gli corrisponde secondo la quota di legittima, il testatore considera che il proprio figlio o discendente interdetto o inabilitato sia sufficientemente protetto dal punto di vista patrimoniale per il resto della

sua vita. Per questo motivo, se l'istituzione continua ad avere la stessa regolazione, è logico aspettarsi che in futuro il suo uso pratico sarà piuttosto scarso.

A nostro avviso, tuttavia, la situazione può cambiare, poiché la sostituzione fedecommissaria speciale è destinata a soffrire, prima o poi, una riforma della propria regolazione; occasione in cui il legislatore dovrà essere minuzioso e, mediante determinate modifiche, presentare l'istituzione come il mezzo di protezione ideale a favore delle persone interdette, giacché attualmente tale circostanza, a causa di tutte le lacune e mancanze che abbiamo osservato, non risulta essere del tutto chiara.

**5<sup>a</sup>.**- Il motivo che ci spinge a puntare su una futura riforma della sostituzione fedecommissaria speciale risiede nel fatto che tale istituzione, come sappiamo, ha come finalità la protezione esclusiva degli interdetti e degli inabilitati. Cosa accadrebbe se nel nostro ordinamento il termine “procedimento di incapacità” (quello per nominare "interdetto" o “inabilitato” alle persone che hanno bisogno di protezione) scomparisse? A favore di chi, allora, potrebbe stabilirsi l'istituzione speciale?

Il procedimento di incapacità, così come il termine “incapace” (termine che serve per nominare sia un interdetto, che un inabilitato) hanno senza dubbio i minuti contati nel nostro ordinamento, come è facile dedurre dal fatto che il legislatore, nelle ultime leggi promulgate, abbia cessato di riferirsi al "procedimento di incapacità" utilizzando, al suo posto, l'espressione "procedimento di modifica della capacità di agire" o "processo giudiziario per la modifica della capacità di una persona", mentre il termine "incapace" è stato sostituito da altri quali "persone con disabilità bisognose di protezione speciale" o "persona con capacità modificata giuridicamente".

Siamo consapevoli che, una volta scomparsi i termini "procedimento di incapacità" e "incapace" dal C.c., l'ambito di applicazione della sostituzione fedecommissaria speciale dovrà essere nuovamente definito e, a questo punto, sarà necessario stabilire se l'istituzione arriva a proteggere sia i curatelati che i tutelati, come accade oggi, oppure se, al contrario, il legislatore decida di limitarne l'ambito alle persone tutelate, come ad esempio, accade con la sostituzione fedecommissaria in Italia.

A differenza di quanto accadeva nel 2003, attualmente la stragrande maggioranza delle centinaia di sentenze che ogni anno vengono pronunciate in Spagna opta per la curatela come istituzione di tutela preferita rispetto alla tutela.

Con ciò, i nostri tribunali soddisfano le esigenze imposte dalla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, limitando il più possibile la capacità di agire delle persone con disabilità o con necessità di protezione.

Ciò significa che, almeno fino alla futura riforma dell'istituzione speciale, negli anni a venire la regola generale sarà quella di optare per la curatela, mentre la figura della tutela sarà riservata ai casi più gravi, in cui la persona sia totalmente priva della capacità di agire e abbia pertanto bisogno che qualcuno prenda per suo conto tutte le decisioni riguardanti la propria vita e che agisca in sua sostituzione: di ciò sarà incaricata la figura del tutore.

Davvero l'intenzione del legislatore del 2003 era che il raggio d'azione della sostituzione fedecommissaria speciale comprendesse anche i curatelati, oppure contemplava solo la possibilità di favorire i tutelati mediante detta figura, dato che, a quella data, la tutela veniva stabilita come istituzione di tutela praticamente in modo automatico?

**6<sup>a</sup>.**- Ci vengono in mente una serie di modifiche che chissà potranno contribuire a rendere in futuro la sostituzione fedecommissaria una figura più pratica e interessante per i familiari delle persone giuridicamente interdette o inabilite, modifiche che rientrano sempre all'interno della finalità patrimoniale che già conferì all'istituzione il legislatore del 2003, che in questo modo scartò la possibile finalità assistenziale della figura (come invece in Italia): ciò, dal nostro punto di vista, forse sarebbe stato maggiormente efficace.

Soffermandoci sulla sostituzione fedecommissaria speciale spagnola del 2003 e sulla possibile protezione patrimoniale che questa conferisce ai giuridicamente interdetti e inabilitati, riteniamo che potrebbe essere di grande interesse pratico che, nella sua imminente riforma, fossero incluse concretamente le seguenti modifiche:

a.- Delimitazione esatta del raggio d'azione.

La figura speciale comporta una serie di conseguenze di tale portata giuridica che è necessario che il legislatore delimiti in modo chiaro e specifico a favore di chi possa essere costituita, ancor di più se si considera che i termini generici di "procedimento di incapacità" e "giuridicamente incapace" stanno già scomparendo dal nostro ordinamento.

Per questo, una volta chiarito a quali persone si applicherà il nuovo procedimento di incapacità, riteniamo che sarebbe logico fissare la sostituzione fedecommissaria speciale come mezzo di protezione esclusivo delle persone interdette (tutelate) e non di quelle inabilitate (curatolate).

Infatti, mentre i tutelati sono persone che, data la gravità della loro infermità, hanno bisogno di essere rappresentate da un'altra persona in tutti gli ambiti della propria vita, i curatolati necessitano appoggio solo in alcuni aspetti vitali giacché la loro infermità non impedisce loro l'esercizio della piena capacità di agire (possono essere alcolizzati, dissipatori, tossicodipendenti, coloro che sono affetti da disturbi mentali non gravi, ecc.); pertanto riteniamo che, a causa delle conseguenze giuridiche dell'istituzione (privazione momentanea della quota di legittima stretta per il resto dei legittimari), dovrebbe essere riservata esclusivamente ai tutelati, proprio come accade in Italia.

b.- Sarebbe inoltre opportuno stabilire, nella futura riforma dell'istituzione, come unico limite possibile della stessa il decesso dell'interdetto o il recupero della sua capacità.

c.- Includere nell'ambito di protezione non solo i figli o i discendenti giuridicamente interdetti, ma anche i genitori, gli ascendenti e i coniugi del testatore che dimostrino tale condizione, renderebbe, a nostro avviso, molto più utile la sostituzione fedecommissaria speciale, dato che la maggior parte degli interdetti che esistono nel nostro Paese sono anziani.

d.- Stabilire in modo chiaro che la sostituzione fedecommissaria speciale non ricadrà sulla quota di legittima stretta del fiduciario protetto, ma esclusivamente sulla quota di legittima stretta del resto degli eredi legittimari.

e.- Qualora vi siano diversi figli o discendenti interdetti, il testatore avrà la piena facoltà di decidere quale di essi beneficiare, sebbene la figura speciale non potrà vincolare la porzione della quota di legittima stretta dei figli o dei discendenti interdetti che non sono stati scelti dal testatore a tal fine.

f.- Analogamente, riteniamo necessario che la nuova regolazione dell'istituzione stabilisca che la sostituzione fedecommissaria speciale interessi esclusivamente la quota di legittima stretta, facendo sì che il testatore disponga liberamente dei terzi di libera disposizione e di mejora nella maniera che ritenga opportuna.

g.- Andrebbe inoltre chiarito, a partire dalla sua modifica, che affinché la figura speciale abbia effetto, il procedimento di interdizione del fiduciario dovrà sempre avere inizio prima dell'apertura della successione (decesso del testatore), nonostante la sentenza dichiarativa di interdizione possa avvenire anche dopo questo momento.

h.- La nuova regolazione dovrebbe riflettere il fatto che il fiduciario interdetto potrà disporre dei beni fedecommessi per le proprie necessità vitali a patto di avere l'autorizzazione giudiziaria, escludendo in modo chiaro ed esplicito la il fedecompresso de residuo (cosa che non è stata fatta nel 2003 e che ne consente attualmente la sua applicazione).

i.- Allo stesso modo, il rappresentante legale del fiduciario dovrà possedere l'autorizzazione giudiziaria per comprare o acquisire qualsiasi bene a favore dell'interdetto, come occorre in Italia attraverso l'articolo 374 del suo C.c.

A conclusione del presente lavoro affermiamo che, nonostante la redazione insufficiente dell'istituzione e la necessità, a nostro avviso, di una sua modifica secondo le linee precedentemente espresse, grazie alla sostituzione fedecommissaria speciale introdotta nel nostro ordinamento giuridico dalla LPPD, a partire dal 2003, ogni volta che in Spagna si pronuncia una sentenza di interdizione o di inabilitazione, si riconosce ai genitori o agli ascendenti dell'interdetto o dell'inabilitato uno dei maggiori diritti che possano essere riconosciuti nel nostro Diritto Successorio e di cui prima erano privi (e di cui sono tuttora privi tutti gli spagnoli che non hanno figli o discendenti giuridicamente interdetti o inabilitati): la possibilità di violare il principio storico dell'intangibilità della quota di legittima stretta, vincolando detto terzo con una

sostituzione fedecommissaria nella quale i fiduciari siano i figli o i discendenti giuridicamente interdetti o inabilitati, gravando in tal modo, il resto degli eredi legittimari (fedecommissari) rispetto alla loro quota di legittima stretta.

## BIBLIOGRAFÍA

ALBÁCAR y DE CASTRO GARCÍA, *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia*, 4ª Edición, Tomo III, Editorial Trivium, Madrid, 1.995.

ALBALADEJO, *Manual de Derecho de familia y sucesiones*, Editorial Bosch, Barcelona, 1.974.

ALBALADEJO, “Las sustituciones fideicomisarias puras, a término y condicionales: sus límites, aceptabilidad o repudiabilidad, el momento de la delación fideicomisaria y la expansión del derecho del fiduciario o del fideicomisario”, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1.979.

ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Albaladejo García (director), Tomo 10º, vol. 2º, Editorial Edersa, Madrid, 1.984.

ALBALADEJO, “El tercio de herencia gravado por el usufructo del cónyuge viudo cuando los legitimarios son los hijos del causante”, en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2º, Zaragoza, 1.993.

ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, Quinta Edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1.994.

ALBALADEJO, *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, 1.996.

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, 2.005.

ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones*, Tomo V, Novena Edición, Editorial Edisofer, Madrid, 2.008.

ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones*, Tomo V, Décima Edición, Editorial Edisofer, Madrid, 2.013.

ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, “La sustitución fideicomisaria de residuo. Especial atención a la preventiva de residuo”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 682, Marzo-Abril, 2.004.

ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, “La curatela como medida de protección idónea en los casos de incapacitación parcial”, en *Actualidad Civil*, número 2, febrero 2.005.

ALONSO MARTÍNEZ, *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, reproducida en la obra de Rogel y Vattier (coordinadores), *Manuel Alonso Martínez. Vida y obra*, Editorial Tecnos, Madrid, 1.991.

ALPA, *Manuale di Diritto Privato*, Settima Edizione, Cedam, Padova, 2.009.

AMATO y MARINARO, *La nuova sostituzione fedecommissaria*, Pubblicazioni della Scuola di perfezionamento in Diritto civile dell’Università di Camerino, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1.979.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, “La sustitución fideicomisaria de residuo”, en *Revista de Derecho Privado*, Tomo LIX, Madrid, 1975.

ALVAREZ MORENO, “La protección de los discapacitados en el Derecho Español”, en *Familia y Discapacidad*, Díaz Alabart (coordinadora), Colección Scientia Iuridica, Universidad San Pablo, Madrid, 2.010.

AZZARITI, “La sostituzione fedecommissaria”, en *Trattato di Diritto Privato*, Diretto da Pietro Rescigno, Tomo Secondo, UTET, Torino, 1.982.

BALESTRA, “La sostituzione ordinaria e fedecommissaria”, en *Successioni e Donazioni*, a cura di Lorenzo Balestra e Mauro di Marzio, Cedam, Padova, 2.008.

BENEDETTI, “Articolo 197”, en *Commentario alla riforma del Diritto di famiglia*, a cura di CARRARO, OPPO e TRABUCCHI, I, 2, Cedam, Padova, 1.977.

BENEDETTI, “Articolo 199”, en *Commentario alla riforma del Diritto di famiglia*, a cura di CARRARO, OPPO e TRABUCCHI, I, 2, Cedam, Padova, 1.977.

BENEDETTI, “Note introduttive agli articoli 197-199 Nov.”, en *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo y Trabucchi, I, 2, Cedam, Padova, 1.977.

BERNARDINI, “Sostituzione fedecommissaria”, en *Rivista del Notariato*, Anno XLVII-1.993.

BERROCAL LANZAROT, “El maltrato psicológico como justa causa de desheredación de hijos y descendientes”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 748, 2.015.

BORRELL y SOLER, *Derecho Civil español*, V, Barcelona, 1.954.

CABELLO DE ALBA JURADO, “La discapacidad como hecho y su incidencia en el ámbito jurídico: distintos regímenes jurídicos y alternativas en el marco de la Convención”, en “*L Jornadas Aequitas/Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia*”, 2.013.

CABEZUELO ARENAS, “Reflexiones sobre la cautela socini”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Vol. 4, Editorial Civitas, Madrid, 2.003.

CALATAYUD SIERRA, “Consideraciones acerca de la libertad de testar”, en *Academia Sevillana del Notariado*, Tomo IX, Editorial Revista de Derecho Privado, Sevilla, 1.995.

CÁMARA LAPUENTE, *Comentarios al Código Civil*, Domínguez Luelmo (director), 1ª Edición, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2.010.

CAÑIZARES LASO, “Legítimas y libertad de testar”, en *Estudios de Derecho de Sucesiones, Liber Amicorum, T. F. Torres García*, Domínguez Luelmo y García Rubio (directores), Herrero Oviedo (coordinadora), Editorial La Ley, Madrid, 2.014.

CAPILLA RONCERO, “Artículo 813”, en *Código civil comentado, Volumen II*, Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno y Valpuesta Fernández (directores), Editorial Thomson Reuters - Civitas, Madrid, 2.011.

CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Terza Edizione, Tomo II, Giuffré Editore, Milano, 2.009.

CASTÁN, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo IV, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1.942.

CASTÁN, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo VI, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1.975.

CENDON, “Artículo 696”, *Codice civile annotato con la giurisprudenza*, a cura di Paolo Cendon, Artt. 1-1.172, UTET, Torino, 1.995.

CERRADA MORENO, *Incapacitación y Procesos sobre Capacidad de las personas*, Editorial Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2.014.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, “Teoría general de la reserva hereditaria”, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXIII, 1.980.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, “Una nueva necesidad: la protección frente a los desatinos del legislador”, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LI, 1.998.

COBACHO GÓMEZ, “La sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado”, en *La familia en el Derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectiva de futuro*, Rebolledo Varela (coordinador), Editorial Dykinson, Madrid, 2.010.

COSTA, *Fideicomisos y Albaceazgos de confianza y sus relaciones con el Código Civil Español*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1.905.

CUADRADO IGLESIAS, “Configuración jurídica del llamado <<pseudousufructo testamentario>>”, en *Revista de Derecho Privado*, 1.971.

DE BUEN, en sus notas a COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil* Tomo VIII, Editorial Reus, Madrid, 1.975.

DE CÁRDENAS, *Ensayo sobre la historia de la propiedad territorial en España*, Tomo II, Madrid, 1.873.

DE CASTRO, “Incapacitación del imbecil”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1.948.

DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, Tomo I, 2ª Edición, Madrid, 1.949.

DE COSSÍO, *En torno a la sustitución fideicomisaria*, Tesis Doctoral bajo dirección de Jordano Barea, Sevilla, 1.970.

DE COUTO GÁLVEZ, “Artículos 286 a 293 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, Tomo II, Volumen 2º, Rams Albesa y Moreno Flores (coordinadores), Editorial Bosch, Barcelona, 2.000.

DE DIEGO, *El fideicomiso de eo quod supererit en Derecho Romano. Discurso leído en la solemne inauguración del Curso Académico de 1.926 a 1.927*, Editorial Universidad Central, Madrid, 1.926.

DE DIEGO, *Naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas testamentarias de residuo*, Editorial Reus, Madrid, 1.926.

DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil Español*, III, Madrid, 1.959.

DE LA CÁMARA, “Partición, división y enajenación de los bienes sujetos a sustitución fideicomisaria”, en *Revista de Derecho Privado*, volumen 32, julio-agosto 1.948.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código Civil”, en *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección Tercera, Vol. 1, Editorial Reus, Madrid, 1.964.

DE LOS MOZOS, *Manuel Alonso Martínez. Vida y obra*, Rogel y Vattier (coordinadores), Editorial Tecnos, Madrid, 1.991.

DE PABLO CONTRERAS, “La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Comentario a la Sentencia de 29 de abril de 2009”, en *Comentarios a las Sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, Editorial Dykinson, Madrid, 2010.

DÍAZ ALABART, *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites*, Editorial Bosch, Barcelona, 1.981.

DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Albaladejo García (director), Tomo 10º, vol. 2º, Editorial Edersa, Madrid, 1.984.

DÍAZ ALABART, “La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente (Art. 808 C.c., reformado por la Ley 41/2003, de 18 de Noviembre)”, en *Revista de Derecho Privado*, número 5-6, Mayo, 2.004.

DÍAZ ALABART, *La protección jurídica de las personas con discapacidad (Estudios de la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)*, Editorial Ibermutuamur, Madrid, 2.004.

DÍAZ ALABART, “Principios de protección jurídica del discapacitado”, en *Protección Jurídica y patrimonial de los discapacitados*, Bello Janeiro (coordinador), Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2.004.

DÍAZ ALABART, “La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente (Art. 808 C.c., reformado por la Ley 41/2003, de 18 de Noviembre)”, en *Homenaje al Profesor Lluís Puig I Ferriol*, Abril Campoy y Amat Llari (coordinadores), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

DÍAZ ALABART, “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: Fideicomiso, Exención de colación y Derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)”, en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, Vargas Muñoz (coordinador), Editorial La Ley, Madrid, 2006.

DÍAZ ALABART, “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación. Ley 41/2003, de 18 de Noviembre, de protección patrimonial de personas con discapacidad”, en *Aranzadi Civil*, número 1, 2006, págs. 1099-2133.

DÍAZ ALABART, “La interpretación de la voluntad del fideicomitente en el fideicomiso de residuo”, en *Revista de Derecho Privado*, Editorial Reus, Madrid, número 1, Enero-Febrero 2015.

DÍEZ PASTOR, “Las disposiciones testamentarias a favor de los no concebidos”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo VI, 1.952.

DÍEZ-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Volumen III, Editorial Tecnos, Madrid, 1.981.

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones*, Volumen IV, 11ª Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2.012.

DOMINGO AZNAR, *El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1.999.

DOMÍNGUEZ LUELMO, *Comentarios al Código Civil*, Domínguez Luelmo (director), 1ª Edición, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2.010.

DOMÍNGUEZ REYES, “La sustitución fideicomisaria de residuo. Especial atención a la preventiva de residuo”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 682, Marzo-Abril, 2.004.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, “El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación de la reforma del mismo por la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad”, en *Revista Jurídica del Notariado*, número 53, Enero-Marzo 2.005.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, “Artículo 806”, en *Código civil comentado*, Volumen II, Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno y Valpuesta Fernández (directores), Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2.011.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, “Artículo 808”, en *Código civil comentado*, Volumen II, Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno y Valpuesta Fernández (directores), Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2.011.

ESTRADA ALONSO, *El fideicomiso y los fondos sin personalidad jurídica*, Editorial Ramón Areces, Madrid, 2.010.

FERNÁNDEZ-TREGUERRES GARCÍA, *Transmisión mortis causa de la condición de socio. Un estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2.008.

FERRER VANRELL, “Sustituciones fideicomisarias en el Derecho Balear”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, Gete-Alonso y Calera (directora), Editorial Aranzadi, Navarra, 2.011.

FINOCCHIARO A. y FINOCCHIARO M., *Diritto di famiglia, Commento sistematico della legge 19 maggio 1975, N. 151*, Volume Secondo, Giuffrè Editore, Milano, 1.984.

FUENTESECA DEGENEFFE, “Aspectos sucesorios de la Ley 41/2.003, 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, González Porrás y Méndez González (coordinadores), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2.004.

FUSARO, “Gli atti di destinazione nell’interesse della famiglia e dei disabili”, en *Rivista di Diritto Privato*, 2.011.

GARCÍA CANTERO, “Notas sobre la curatela”, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 9, 1.984.

GARCÍA CANTERO, “Persons with disability vs Personas incapacitadas...O viceversa”, en *Revista de Derecho Civil*, Volumen I, número 4, 2.014.

GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español*, Tomo I, Reimpresión de la edición de 1.852, Editorial Base, Barcelona, 1.973.

GALICIA AIZPURÚA, *Comentarios al Código Civil*, Tomo IV, Bercovitz Rodríguez-Cano (director), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2.013.

GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español*, Tomo I, Reimpresión de la edición de 1.852, Editorial Base, Barcelona, 1.973.

GARCÍA HERRERA, “La sucesión en la empresa familiar”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 726, julio 2.011.

GARCÍA PONS, *Las personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico español*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Colección Por más Señas, Madrid, 2.008.

GENGHINI y CARBONE, *Le successioni per causa di morte*, Tomo II, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2.012.

GETE ALONSO Y CALERA, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Editorial Civitas, Madrid, 1.992.

GIBERT, *La disolución de los mayorazgos*, Escuela Social de Granada, 1.958.

GIL MEMBRADO, “Otros mecanismos de protección sucesoria en la discapacidad y/o incapacitación en atención al cuidado de su patrimonio”, en *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, Tomo I, Lledó Yagüe, Ferrer Vanrell y Torres Lana (directores), Editorial Dykinson, Madrid, 2.014.

GIL RODRÍGUEZ, “Comentario a la STS de 7 de noviembre de 2008 (RJ2008/7697)”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. Familia y Sucesiones*, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2.009.

GOMÁ LANZÓN, Fernando, “Una mirada crítica al sistema de legítimas del Código Civil”, en *Estudios de Derecho Privado en Homenaje a Juan José Rivas Martínez*, Pérez-Bustamante de Monasterio (director), Editorial Dykinson, Madrid, 2.013.

GOMÁ LANZÓN, Ignacio, “Los derechos del cónyuge viudo”, *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo V, Sucesiones, Volumen 3º, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2.005.

GÓMEZ GÁLLIGO, “La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado”, en *Revista Crítica del Derecho Inmobiliario*, número 687, enero-febrero, 2.005.

GÓMEZ GÁLLIGO, “La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado”, en *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados*, Bello Janeiro (coordinador), Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2.005.

GONZÁLEZ PALOMINO, “Estudios de arte menor sobre Derecho sucesorio. I. Diagnóstico y tratamiento del <<pseudousufructo testamentario>>”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1.946.

GONZÁLEZ PALOMINO, *Enajenación de bienes pseudousufructuados*, Conferencia desarrollada en la semana notarial de Santander en el verano de 1948. Editorial Reus, Madrid, 1.950.

GONZÁLEZ PORRAS, *Curso de Derecho Civil IV, Derechos de familia y Sucesiones*, Sánchez Calero (coordinador), 5ª Edición, Editorial Tirant Online, Valencia, 2.009.

GONZÁLEZ PORRAS, “Algunas cuestiones sobresalientes en la reforma del Código Civil sobre la protección de las personas discapacitadas o incapacitadas”, en *Personalidad y capacidad jurídicas: 74 contribuciones con motivo del XXV aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba*, Casado Raigón y Gallego Domínguez (coordinadores), Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2.005.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, Editorial McGraw Hill, Madrid, 1.997.

HERRERO OVIEDO, “Pertinencia de la sustitución fideicomisaria a favor del incapacitado”, en *La protección jurídica del incapacitado, II Congreso Regional*, Serrano García (coordinador), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2.007.

IGLESIAS, *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, 18ª Edición, Madrid, Sello Editorial, 2.010.

IRURZUN GOICA, “¿Qué es la legítima para el Código civil español? Búsqueda de su concepto, naturaleza y caracteres”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. 2, número 2, abril-junio 2.015.

JERÓNIMO LÓPEZ, “La regulación del fideicomiso de residuo en el Código civil español”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1.955.

LACRUZ-SANCHO, *Derecho de Sucesiones*, I, Segunda Edición, Barcelona, 1.976.

LACRUZ BERDEJO, *Manual de Derecho Civil*, Segunda Edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1.994.

LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil, V, Sucesiones*, Segunda edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2.004.

LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil, V, Sucesiones*, Tercera Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2.007.

LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil, V, Sucesiones*, Cuarta Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2.009.

LANZAS GALVACHE y SELVA SÁNCHEZ, “Sustituciones Fideicomisarias. Aproximación a dos problemas”, en *Homenaje a Juan Vallet de Goytisolo*, Volumen II, Imprenta San José, Madrid, 1.988.

LATOUR BROTONS, “Del usufructo a la sustitución fideicomisaria”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 384-385, Mayo-Junio 1.960.

LASARTE, *Derecho de Sucesiones. Principios de Derecho Civil VII*. Séptima Edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2.011.

LAVIANO y PEPE, “Articolo 694”, en *Codice Civile illustrato con dottrina, giurisprudenza, schemi, mappe e materiali*, La Tribuna, Piacenza, 2.010.

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.

LETE DEL RÍO, “De la tutela, de la curatela y de la guarda de menores e incapacitados. Comentario a los arts. 286 a 298 del Código civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Foreales*, Tomo IV, Albaladejo García (director), Editorial Edersa, Madrid, 1.985.

LÓPEZ Y LÓPEZ, “La garantía institucional de la herencia”, en *Derecho Privado y Constitución*, número 3, 1.994.

LÓPEZ Y LÓPEZ, “El derecho a la propiedad privada y a la herencia. Función y límites”, en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Moreno Pérez, Molina Navarrete y Moreno Vida (directores), Editorial Comares, Granada, 2.002.

LUCINI NICÁS, “La Ley 41/2.003, de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad”, en *Actualidad Civil*, número 14, julio 2.004.

LLEDÓ YAGÜE y MONJE BALMASEDA, “Reforma del sistema legitimario y el principio de libertad de testar”, en *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, Tomo I, Lledó Yagüe, Ferrer Vanrell y Torres Lana (directores), Editorial Dykinson, Madrid, 2.014.

MAGARIÑOS BLANCO, “La libertad de testar”, en *Revista de Derecho Privado*, número 9, Septiembre-Octubre, 2.005.

MAJADA PLANALLES, *La incapacitación, la tutela y sus formularios*, Editorial Bosch, Barcelona, 1.985.

MANRESA, *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VI, Volumen I, Editorial Reus, Madrid, 1.973.

MARÍN CALERO, “Comentarios a la Ley de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad, en relación con el patrimonio protegido de las personas con

discapacidad”, en *Jornadas sobre la nueva ley de protección patrimonial de discapacitados*, Rueda Pérez (coordinador), Valencia, 2.004.

MARÍN CALERO, “*La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*”, Editorial Ramón Areces, Madrid, 2.005.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Tratado de Derecho de Sucesiones (Ab ovo usque ad mala)*, Editorial La Ley, Madrid, 2.013.

MARTÍN MELÉNDEZ, *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, Colección Monografías de Derecho Civil, Dykinson, Madrid, 2.010.

MAURA, *Dictámenes*, Tomo III, Testamentos y Sustitución, Editorial Bosch, Barcelona, 1.955.

MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, “Reflexiones sobre la legítima”, en *Estudios de Derecho de Sucesiones, Liber Amicorum, T. F. Torres García*, Domínguez Luelmo y García Rubio (directores), Herrero Oviedo (coordinadora), Editorial La Ley, Madrid, 2.014.

MORENO FLÓREZ, “La sustitución fideicomisaria a favor del incapacitado”, en *Estudios de Derecho de Sucesiones, Liber Amicorum, T. F. Torres García*, Domínguez Luelmo y García Rubio (directores), Herrero Oviedo (coordinadora), Editorial La Ley, Madrid, 2.014.

MORETTI, “La sostituzione fedecommissaria”, en *Trattato di Diritto delle successioni e donazioni, La successione testamentaria*, diretto da Giovanni Bonilini, II, Giuffrè Editore, Milano, 2.009.

NANCLARES VALLE, “Sustituciones Fideicomisarias en Navarra”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Gete-Alonso y Calera (directora), Tomo I, Editorial Aranzadi, Navarra, 2.011.

NANCLARES VALLE, “La sustitución fideicomisaria a favor de persona incapacitada”, en *Las nuevas herramientas de protección jurídico-privadas de las personas dependientes. Un estudio comparado*, Muñoz Fernández (coordinador), Editorial Aranzadi, Navarra, 2.014.

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”, en *La Ley*, 2.014.

NÚÑEZ LAGO, “*Contestación al discurso leído por Roca Sastre*”, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Imprenta Viuda de Galo Sáez, Madrid, 1.956.

NÚÑEZ NÚÑEZ, “Diversos aspectos sucesorios introducidos por la Ley 41/2003 de 18 de Noviembre, a favor de las personas discapacitadas”, en *La Encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Pérez de Vargas Muñoz (director), Pereña Vicente (coordinadora), La Ley, Madrid, 2.011.

O’CALLAGHAN, “Artículo 162”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, 1.978.

O’CALLAGHAN, *Compendio de Derecho Civil, Tomo V, Derecho de Sucesiones*, Tercera Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.990.

O’CALLAGHAN, *Comentario del Código Civil, Tomo 4*, Sierra Gil de la Cuesta (coordinador), Editorial Bosch, Barcelona, 2.000.

O’CALLAGHAN, *Comentario del Código Civil, Tomo 4*, Sierra Gil de la Cuesta (coordinador), Editorial Bosch, Barcelona, 2.006.

O’CALLAGHAN, *Compendio de Derecho Civil, Tomo V, Derecho de Sucesiones*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2.012.

O’CALLAGHAN, “A vueltas con la desheredación y a revueltas con la legítima”, en *Actualidad Civil*, número 5, Mayo 2.015.

OSSORIO MORALES, *Manual de Sucesión Testada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1.957.

OÑATE, “Diatriba contra las legítimas”, en *El Notario del Siglo XXI*, 32, julio-agosto 2.012.

PACIA, “Sostituzione fedecommissaria fra tradizione e modernità”, en *Rivista del Notariato*, 2.008 – Anno LXII, 2.008.

PANIZA FULLANA, *Usufructo y Fideicomiso: Estatuto de concurrencia*, Cuadernos de Aranzadi Civil, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2.008.

PARRA LUCÁN, “Legítimas, Libertad de testar y transmisión de un patrimonio”, en *Anuario Da Facultade de Dereitoda Universidade da Coruña*, número 13, 2.009.

PEREÑA VICENTE, “El Derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado”, en *Diario La Ley*, número 5957, febrero 2.004.

PEREÑA VICENTE, “El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado”, en *Actualidad Civil*, número 15, Septiembre 2.004.

PEREÑA VICENTE, *Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: Las soluciones del Derecho Civil*, Editorial Dykinson, Madrid, 2.006.

PEREÑA VICENTE, “La sustitución fideicomisaria en la legítima, ¿piedra angular del sistema de protección de los incapacitados?”, en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, Pérez de Vargas Muños (coordinador), Editorial La Ley, Madrid, 2.006.

PEREÑA VICENTE, *Dependencia e incapacidad. Libertad de elección del cuidador o del tutor*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2.008.

PÉREZ HERESA, “Sucesión con discapacitados: una visión práctica”, *Conferencias del curso académico 2.010/11*, Academia Sevillana del Notariado, Tomo XXII, Editorial Edersa, Sevilla, diciembre 2.011.

PÉREZ SERRANO, “Dictámenes”, I, Madrid, 1.965.

PERLINGIERI y MARINARO, *Istituzioni di Diritto Civile*, 5ª edizione, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2.012.

PETRULLI y RUBINO, *Il trust. Nozione giuridica ed operatività nel sistema italiano*. Halley Editrice, Matelica, 2.006.

PIZARRO MORENO, “Artículo 523”, en *Código civil comentado*, Volumen I, Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno y Valpuesta Fernández (directores), Editorial Thomson Cívitas, Madrid, 2.011.

PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, Segunda Edición, Volumen II, Editorial Bosch, Barcelona, 1.977.

PUIG FERRIOL, *El heredero fiduciario*, Publicaciones de la Cátedra de Derecho Civil <<Durán y Bas>>, Barcelona, 1.965.

PUIG FERRIOL, “Protección del discapacitado: Aspectos sucesorios”, en *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados*, Bello Janeiro (coordinador), Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2.005.

PUTTI, “La sostituzione fedecommissaria prima e dopo la riforma del Diritto di famiglia”, en *La nuova giurisprudenza civile commentata*, Anno VI, Parte Seconda, 1.990.

RAGEL SÁNCHEZ, *La cautela galdense o socini y el artículo 820.3º del Código civil*, Editorial Dykinson, Madrid, 2.004.

RAGEL SÁNCHEZ, “La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta”, *Homenaje al Profesor Lluís Puig I Ferriol*, Volumen II, Abril Campoy y Amat Llari (coordinadores), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2.006.

RAGEL SÁNCHEZ, “Artículo 808”, en *Comentarios al Código civil*, Tomo IV, Bercovitz Rodríguez-Cano (director), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2.013.

RAGEL SÁNCHEZ, “Artículo 813”, en *Comentarios al Código Civil*, Tomo IV, Bercovitz Rodríguez-Cano (director), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2.013.

RAMS ALBESA, “Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 723, 2.011.

RAMS ALBESA, MORENO FLORES y RUBIO SAN ROMÁN, *Apuntes de Derecho de Sucesiones*, Editorial Dykinson, Madrid, 2.012.

RECOVER BALBOA, “Hacia la reforma del Código civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de discapacidad”, en *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*, García Garnica (directora), Editorial Dykinson, Madrid, 2.014.

RIPOLL SOLER, “La sustitución fideicomisaria del nuevo art. 808 CC: fideicomiso de residuo”, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 114, 2.005.

RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*. Tomo II, Cuarta Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2.005.

RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*. Tomo II, Cuarta Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2.009.

RIVAS MARTÍNEZ, “Problemas “habituales” en los testamentos y particiones con los fideicomisos normales y de residuo”, en *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, Tomo I, Lledó Yagüe, Ferrer Vanrell y Torres Lana (directores), Editorial Dykinson, Madrid, 2.014.

ROGEL y VATTIER, *Manuel Alonso Martínez. Vida y obra*, Editorial Tecnos, Madrid, 1.991.

ROCA SASTRE, “La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el Derecho sucesorio”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo I, 1.943.

ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, Volumen II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.948.

ROCA SASTRE, *Derecho de Sucesiones. Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia*, en las anotaciones a ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, Tomo V, Volumen 2, Editorial Bosch, Barcelona, 1.951.

ROCA SASTRE, *El fideicomiso si sine liberis decesserit y el Código Civil*, en Editorial Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Imprenta Viuda de Galo Sáez, Madrid, 1.956.

ROCA SASTRE, “Los elementos componentes de la Compilación”, en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña*, Editorial Bosch, Barcelona, 1.961.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, “Casuística legitimaria en el régimen del Código Civil”, en *Homenaje a Juan Vallet de Goytisolo*, Volumen I, Imprenta San José, Madrid, 1.988.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones*, Tomo I, 2ª Edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1.995.

ROGUIN, *Traité de Droit Civil Comparé*, IV, Paris, 1.912.

RUEDA ESTEBAN, “El fiduciario del artículo 831 CC y la facultad de gravar con sustituciones fideicomisarias o con fideicomisos a favor de hijos o descendientes como forma de mejora”, en *Estudios en Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, Pérez-Bustamante de Monasterio (director), Editorial Dykinson, Madrid, 2.013.

RUIZ-RICO RUIZ MORON, “La reforma del Derecho de sucesiones con motivo de la protección de las personas con discapacidad”, en *Actualidad Civil*, número 4, 2.004.

SANTOS BRIZ, *Derecho Civil, Teoría y Práctica, Derecho de Sucesiones*, Tomo VI, Editorial Revista de Derecho Privado, Jaén, 1.979.

SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil, VI, Derecho de Sucesiones*, Tomo Sexto, Impresores de la Real Casa, Madrid, 1.910.

SANCHO REBUDILLA, *El nuevo régimen de la familia. III. Tutela e instituciones afines*, Editorial Civitas, Madrid, 1.984.

SANTORO, *Il trust in Italia*, Giuffrè Editore, Milano, 2.004.

SEOANE RODRÍGUEZ, “La definición de la discapacidad intelectual de la AAMR y la determinación jurídica de la (in)capacidad. Hacia un nuevo paradigma”, en *Discapacidad Intelectual y Derecho*, Fundación Aequitas, 2.005.

SERRANO GARCÍA, “Discapacidad e Incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre”, en *Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*, Universidad de Valladolid, 2.004.

SERRANO GARCÍA, I, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Editorial Iustel, Madrid, 2.008.

SILLERO CROVETTO, “Incapacitación parcial tras la Convención de Nueva York? Posicionamiento jurisprudencial”, en *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*, García Garnica (directora), Editorial Dykinson, Madrid, 2.014.

SOLÉ RESINA, “La Sustitución Fideicomisaria en el Código Civil”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, Gete-Alonso y Calera (directora), Editorial Aranzadi, Navarra, 2.011.

SOLÉ RESINA, El fideicomiso en el Código Civil de Cataluña, *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, Gete-Alonso y Calera (directora), Editorial Aranzadi, Navarra, 2.011.

SOLÉ RESINA, “La nueva regulación de los fideicomisos del Libro IV del Código Civil de Cataluña”, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXIV, 2.011.

TALAMANCA, “Articolo 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, Bologna-Roma, 1.978.

TAMBURRINO, *Lineamenti del nuovo diritto di famiglia italiano*, Seconda Edizione, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1.978.

TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, Quarentesima Seconda Edizione, Cedam, Padova, 2.005.

TRAVIESAS, “Sustituciones Hereditarias”, en *Revista de Derecho Privado*, número 171, 15 de diciembre, 1.927.

TRIMARCHI, *Istituzioni di Diritto Privato*, Undicesima Edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1.996.

TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, “La legítima en el Código Civil (II)”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo II, Gete Alonso y Calera (directoras), Editorial Aranzadi, Navarra, 2.011.

TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, *Tratado de legítimas*, Torres García (coordinadora), Editorial Atelier, Barcelona, 2.012.

TORRES GARCÍA, *Tratado de legítimas*, Torres García (coordinadora), Editorial Atelier, Barcelona, 2.012.

TUCCI, “La tutela del figlio disabile tra nuove “fiducie” e/o “affidamenti fiduciari”, trust e clausole testamentarie tradizionali”, en *Rivista di Diritto Privato*, 2.011.

VALLET DE GOYTISOLO, “Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula <<si sine liberis decesserit>> en el Derecho histórico de Castilla y en el Código Civil”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1.956.

VALLET DE GOYTISOLO, “La inclusión de la fideicomisaria como especie de sustitución”, en *Revista de Derecho Notarial*, 1.981.

VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios de Derecho Sucesorio*, Volumen I, Editorial Montecorvo, 1.980.

VALLET DE GOYTISOLO, “Artículo 806”, en *Comentario del Código civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1.996.

VALLET DE GOYTISOLO, “Artículo 807”, en *Comentario del Código civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1.996.

VALLET DE GOYTISOLO, “Artículo 808”, en *Comentario del Código civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1.996.

VANNI, “La sostituzione fedecommissaria. La trasformazione attuata dalla riforma del diritto di famiglia e l’indifferente disciplina del nuovo testo único delle imposte sulle successioni”, en *Il fisco*, 19, giugno 1.995.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Código Civil. Comentarios, Notas y Jurisprudencia*, Editorial Djusa, Madrid, 2.007.

VAQUER ALOY, “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, en *Indret Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, Julio 2.007, [www.indret.com](http://www.indret.com).

VIRGINIA ZAMBRANO, “La protección de los mayores entre el Código Civil y la Ley Especial. La experiencia italiana”, en *La protección de las personas mayores*, dirigido por Lasarte Álvarez, Editorial Tecnos, Madrid, 2.007.

VIRGINIA ZAMBRANO, “I presupposti di Diritto”, en *Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione*, CEDAM, 2.013.

VIVAS TESÓN, *La protección económica de la discapacidad*, Editorial Bosch, Barcelona, 2.009.

VIVAS TESÓN, *La dignidad de las personas con discapacidad. Logros y retos jurídicos*, Difusión Jurídica, Madrid, 2.010.

VIVAS TESÓN, *Más allá de la capacidad de entender y querer. Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español*, Futuex, Badajoz, 2.012.

VON MAYR, *Historia del Derecho Romano*, II, Labor, 1.926.

VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Editorial Civitas, Madrid, 1.986.

ZACCARIA, *Perfiles del Derecho italiano de sucesiones*, Traducción de Miriam Anderson y Lorenzo Bairati, Editorial Bosch, Barcelona, 2.008.