

I CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DE LA DISCAPACIDAD

15, 16 Y 17 DE NOVIEMBRE. ELCHE.

TÍTULO: LA LEGÍTIMA Y SU POSIBLE RESTRICCIÓN A FAVOR DEL
DESCENDIENTE CON CAPACIDAD MODIFICADA JUDICIALMENTE: UN
MECANISMO DE PROTECCIÓN JURÍDICA DESCONOCIDO

AUTORES:

Inmaculada VIVAS TESÓN.

Universidad de Sevilla.

ivivas@us.es

Pedro BOTELLO HERMOSA.

Centro San Isidoro, Adscrito a la Universidad Pablo de Olavide.

pbotello@centrosanisidoro.es

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- SIGNIFICADO DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA. III.- EXCLUSIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO POSIBLES BENEFICIARIAS. IV.- LA SITUACIÓN DE LOS ASCENDIENTES Y CÓNYUGES CON CAPACIDAD MODIFICADA JUDICIALMENTE. V.- CONCLUSIONES. VI.- BIBLIOGRAFÍA.

I.- INTRODUCCIÓN

A lo largo de su vida, la inmensa mayoría de los ascendientes de personas que tienen su capacidad modificada judicialmente¹ tienen que luchar con una misma preocupación: ¿quién se encargará de él o ella económicamente cuando yo falte!

Sin embargo, muchos de ellos desconocen que en 2003 se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad², una medida de protección que puede suponer el fin de dicha incertidumbre.

Lo cierto es que la sociedad española sigue viviendo con la percepción de que en nuestro país a la hora de hacer testamento prima la intangibilidad del tercio de legítima estricta, o lo que es mismo, que sobre la tercera parte de la herencia el testador no podrá disponer jamás, por ser ésta la legítima estricta que deberá ser repartida, por igual, entre todos los herederos forzosos.

Sin embargo, la intangibilidad de la legítima estricta es la regla general, a partir de la publicación de la LPPD se introduce una excepción a la referida intangibilidad, ya que los ascendientes de personas que tengan su capacidad modificada judicialmente podrán decidir libremente en su testamento si

¹ Aún siendo conscientes de que el C.c. sigue refiriéndose a estas personas como incapacitadas, por nuestra parte celebramos que la Ley 15/2015 cumpla con la adaptación terminológica exigida por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y haya abandonado el uso de los términos incapaz o incapacitado, sustituyéndolo en su articulado por el de personas cuya capacidad está modificada judicialmente, término que, como no podía ser de otra forma, será el que usemos a lo largo de la presente comunicación.

² Durante el resto de la comunicación haremos referencia a esta norma como LPPD.

establecen a favor de éstos una sustitución fideicomisaria sobre todo el tercio de legítima estricta.

En tal sentido expuso ALBALADEJO³ que *“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”*.

Por ello, nos congratula afirmar que la intención del legislador de proteger patrimonialmente a las personas con capacidad modificada judicialmente fue tan fuerte que supuso la vulneración por primera vez⁴ del principio sagrado e histórico de nuestro Derecho Sucesorio de la intangibilidad de la legítima estricta, lo cual se traduce en que, desde entonces, los testadores españoles podrán beneficiar a sus descendientes con capacidad modificada judicialmente no sólo con el tercio de libre disposición y el de mejora, sino que también podrán establecer a su favor una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta.

Esta sustitución fideicomisaria convertirá en fiduciario del tercio de legítima estricta a los descendientes con capacidad modificada judicialmente, y en fideicomisarios al resto de herederos forzosos, los cuales, por ende, verán gravada su cuota de legítima estricta a través de dicha institución.

Así lo expresan los artículos 782, 808 y 813.2 del Código civil, los cuales, desde entonces, presentan el siguiente contenido:

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*

³ 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*, Nº 35, Madrid, 2.005, pág. 40.

⁴ Decimos por primera vez, porque es una intangibilidad “real” de la legítima estricta la que permite la sustitución fideicomisaria en España, pudiendo llegar incluso a suponer, en nuestra opinión, la tangibilidad no sólo cualitativa, sino también, cuantitativa de la legítima estricta, por lo que nada tiene que ver con las excepciones a su intangibilidad cualitativa que existían con anterioridad a la entrada en vigor de la LPPD, excepciones que, por regla general, simplemente suponían el aplazamiento del cobro de la legítima, como era el caso de la *cautela socini*, o la posibilidad de conmutar la legítima en dinero.

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”.

II.- SIGNIFICADO DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

El nuevo alcance otorgado a la sustitución fideicomisaria como medio de protección de las personas con la capacidad modificada judicialmente, y como instrumento jurídico para vulnerar por primera vez el principio de la intangibilidad de la legítima estricta, hace que la institución sea conocida por nuestra doctrina actual como: *sustitución fideicomisaria especial*.

La importancia de la figura que analizamos en la presente comunicación es tal, que desde su aparición en 2003 podemos afirmar que en España no existe la misma libertad de testar para todos los testadores, ya que por los motivos antes expuestos, los testadores con descendientes con su capacidad modificada judicialmente disfruta de una mayor libertad de testar que el resto de testadores españoles, ya que éstos últimos, a diferencia de los primeros, no podrán decidir libremente si gravan o no el tercio de legítima estricta mediante una sustitución fideicomisaria.

Pero llegados a este punto hemos de cuestionarnos: ¿qué es una sustitución fideicomisaria?

Su definición en el Código civil la encontramos en el artículo 781 que establece 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”*.

TRAVIESAS⁵ 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 SASTRE⁶ 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.

Por tanto, podemos definirla como aquella disposición testamentaria en cuya virtud, el testador impone a un primer heredero (conocido como fiduciario⁷) la obligación de conservar la herencia fideicomitida para restituirla expresamente al resto de herederos posteriores designados en testamento (conocidos como herederos fideicomisarios).

Atendiendo al momento en el que debe producirse la delación fideicomisaria o entrega de la cosa fideicomitida, podremos diferenciar entre la *sustitución fideicomisaria sometida a término*, en la cual, el fiduciario adquirirá la herencia con el gravamen de restituirla al fideicomisario una vez finalizado el término

⁵ TRAVIESAS, “Sustituciones Hereditarias”, en *Revista de Derecho Privado*, 1.927, núm. 171, 15 de diciembre, pág. 414.

⁶ 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.

⁷ En el caso de la sustitución fideicomisaria especial sería el descendientes con la capacidad modificada judicialmente.

fijado por el testador⁸, o a la *sustitución fideicomisaria sometida a condición*, en cuyo caso, el fiduciario adquiere la herencia con el gravamen de restituirla una vez cumplida la condición que fije el testador⁹.

Coincide nuestra doctrina 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, siendo la muerte del fiduciario el término que regirá para proceder a la delación hereditaria.

Incluso, en algunos de nuestros Derechos Forales así lo contempla literalmente su legislación, como sucede en 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...”*.

Parece obvio, por todo tipo de razones, que la sustitución fideicomisaria especial que venimos analizando, será, en la inmensa mayoría de los casos, a término, siendo el término fijado por el testador para que se produzca la delación hereditaria el momento de la muerte del descendiente con la capacidad modificada judicialmente.

Si nos fijamos en la definición de la sustitución fideicomisaria resulta evidente que en la práctica, el contenido del usufructo y el de dicha institución es bastante similar. Recordemos que la sustitución fideicomisaria se define como aquella disposición testamentaria en cuya virtud el testador impone a un primer heredero la obligación de conservar y restituir expresamente la herencia fideicomitida al resto de herederos posteriores designados en testamento; mientras que el usufructo se define como el Derecho por el que una persona

⁸ El término fijado por el testador como regla general suele ser la muerte del fiduciario. Es decir, instituyo fiduciario a X, y una vez que éste fallezca, los bienes fideicomitidos pasarán a H y a Y.

⁹ 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, como por ejemplo, la muerte de una persona); mientras que si se fija una condición, ésta podrá o no producirse (que acabe la carrera, que fallezca sin hijos, que cumpla 50 años...).

puede usar los bienes de otra y disfrutar de sus beneficios, con la obligación de conservarlos y cuidarlos como si fueran propios.

Sin embargo, muy brevemente expondremos que no existe ninguna duda jurisprudencial ni doctrinal de que al dirigirnos al usufructo y a la sustitución fideicomisaria lo estamos haciendo a dos figuras jurídicas diferentes, siendo la principal diferencia que traemos a colación la de que el fiduciario es propietario de la cosa fideicomitida (aunque sea temporal y con la obligación de conservarla para transmitirla al fideicomisario), y el usufructuario no lo es, ya que sólo es titular de un derecho real limitado en cosa ajena (*ius in re aliena*) mientras que el propietario de la cosa usufructuaria es otra persona (nudo propietario).

III.- EXCLUSIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO POSIBLES BENEFICIARIAS

Aunque, tal y como se refleja en el título de la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, la gran mayoría de las medidas introducidas en la norma protegen a las personas con discapacidad, la sustitución fideicomisaria especial, en cambio, protege exclusivamente a las personas con la capacidad modificada judicialmente.

Según MARTÍN MELÉNDEZ¹⁰, 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.

Desgraciadamente, surgen estos interrogantes porque el legislador complica lo que es sencillo, y, en una ley como la LPPD, la cual debiera distinguirse por la simplicidad y la concreción en todos sus puntos, sitúa de nuevo al jurista ante

¹⁰ MARTÍN MELÉNDEZ, *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, Editorial Dykinson, Madrid, 2.010, págs. 54 y 55.

la obligación de dar respuesta a las cuestiones nucleares que se plantean de la lectura de la norma.

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.

Pero entonces, las personas que tengan reconocido el grado de discapacidad que exige la ley para ser beneficiarios del resto de medidas de protección patrimonial que incluye la LPPD, ¿no podrán ser protegidas también a través de la sustitución fideicomisaria especial?

La respuesta a tal cuestión es una sola: no podrán beneficiarse las personas con discapacidad de la institución en cuestión. Y es que, el contenido de la ley es muy tajante al respecto, ya que contempla como únicos beneficiarios, los hijos o descendientes con capacidad modificada judicialmente, lo cual nos lleva a entender que las personas sobre las que no haya recaído sentencia modificación de su capacidad 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 dicha norma.

En la misma línea, se posicionan autores como RUIZ-RICO RUIZ MORÓN¹¹, quien entiende que *“mientras que todo incapacitado va a ser persona con discapacidad, no se puede hacer, sin embargo, la afirmación inversa”*; o DÍAZ ALABART¹², 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*

¹¹ 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, pág. 359.

¹² 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.

considerados discapacitados, si bien todos los discapacitados no siempre serán incapaces, porque aquél es un concepto más amplio que éste”; o, también, NANCLARES VALLE¹³, 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”.

Es más, en el borrador de la Fundación Aequitas¹⁴ previo a la LPPD, el Notariado Español apoyaba la posibilidad de que la sustitución fideicomisaria especial pudiese establecerse también a favor de todas las personas con discapacidad, a lo cual se opuso expresamente el legislador al fijar finalmente como únicos posibles beneficiarios 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 modificación de la capacidad, por lo que no existen dudas en cuanto a la imposibilidad de establecer como fiduciario de la figura que centra el estudio de nuestra comunicación a las personas con discapacidad que no cuenten con una sentencia de modificación de la capacidad.

Por otra parte, tampoco cabe duda alguna de que cuando hablamos de las personas con la capacidad modificada judicialmente como posibles beneficiarios de la sustitución fideicomisaria hacemos referencia no solo a aquellos cuya capacidad haya sido modificada totalmente a través del nombramiento de un tutor, sino que también podrán protegerse a través de la institución especial aquellas personas cuya capacidad haya sido modificada parcialmente, a través del nombramiento de un tutor.

Eso sí, a diferencia del importantísimo “legado legal” del derecho de habitación sobre la vivienda habitual que introdujo también la LPPD y que queda recogido

¹³ 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.

¹⁴ Borrador de 18 de noviembre de 2.002.

en el artículo 822¹⁵ del Código civil, la sustitución fideicomisaria especial sobre el tercio de legítima estricta no se establecerá por imperativo legal a favor de las personas con su capacidad modificada judicialmente, sino que dependerá exclusivamente del testador ejercer, o no, la facultad que le ha sido conferida por el legislador conforme a lo dispuesto en el artículo 808.3 del Código civil, 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).

IV.- LA SITUACIÓN DE LOS ASCENDIENTES Y CÓNYUGES CON CAPACIDAD MODIFICADA JUDICIALMENTE

No podemos finalizar nuestra comunicación sin resaltar que la redacción técnico-jurídica otorgada a la importantísima sustitución fideicomisaria como medida de protección de las personas con capacidad modificada judicialmente resulta, como mínimo, deficiente.

Y es que, parece inevitable preguntarnos: ¿cómo pudo limitarse el legislador de 2.003 a implementar una institución jurídica de tal calado, únicamente mediante la modificación de tres artículos del Código civil?

Tanto es así, que el nuevo alcance otorgado a la sustitución fideicomisaria conlleva en la actualidad una serie de incertidumbres jurídicas de enorme importancia¹⁶, si bien, a día de hoy seguimos sin jurisprudencia al respecto

¹⁵ Recoge el mencionado artículo que: “*Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la 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*”.

¹⁶ Como por ejemplo, si la sustitución fideicomisaria introducida en nuestro Ordenamiento jurídico en 2.003 puede ser una sustitución fideicomisaria de residuo (que en nuestra práctica testamentaria es la modalidad de sustitución fideicomisaria más usada), ya que en tal caso nada impide al testador establecer una sustitución fideicomisaria de residuo de la modalidad *si aliquid supererit*, en las que el fiduciario puede disponer libremente de todos los bienes

dada la cercanía en el tiempo de la LPPD, y el largo *iter*¹⁷ que ha de producirse hasta cualquiera de las dudas que plantea la redacción de la LPPD se resuelvan en nuestros Tribunales.

Sin embargo, en nuestra opinión una de las decisiones más criticables al legislador a la hora de estudiar la sustitución fideicomisaria especial como medio de protección de las personas con su capacidad modificada judicialmente es: ¿cómo pudo excluir del ámbito de protección de la institución a los cónyuges y padres o ascendientes que compartan dicho estado civil?

Y es que, en base a la redacción actual del Código civil, únicamente podrán establecer esta figura de protección especial los ascendientes para proteger a sus descendientes, quedando entonces excluidos los ascendientes o cónyuges con capacidad modificada judicialmente como posibles beneficiarios de la sustitución fideicomisaria especial, lo cual, bajo nuestro punto de vista, carece de sentido.

LEÑA FERNÁNDEZ¹⁸ 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 GÁLLIGO¹⁹ 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”*.

fideicomitidos de todos los bienes que componen el tercio de legítima estricta, lo cual conllevaría a la desheredación del resto de herederos forzosos.

¹⁷ Primero el testador deberá apostar por la institución como medio de protección ideal a favor de sus descendientes con la capacidad modificada judicialmente. Después deberá fallecer el testador. Con posterioridad que se impugne judicialmente el testamento, y que transcurra todo el tiempo que en España supone un procedimiento judicial, hasta que la sentencia al respecto sea firme.

¹⁸ 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. 188.

¹⁹ 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, pág. 13.

En cambio, DÍAZ ALABART se posiciona justo en el sentido contrario cuando manifiesta 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 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”*.

Por nuestra parte, coincidimos con la autora a la hora de entender que existen motivos para apostar por la posibilidad de extender la protección de la institución especial a favor de los ascendientes y cónyuges que se encuentren en el estado civil que la misma exige, destacando principalmente dos motivos:

1º.- En nuestra sociedad, los familiares que con más frecuencia ven modificada judicialmente su capacidad son los ascendientes y los cónyuges²⁰, por lo que carece de sentido que éstas no puedan beneficiarse de una institución cuya finalidad es precisamente la protección de las personas con su capacidad modificada judicialmente²¹.

2º.- Llegado el caso, los jueces deberán identificar qué se intenta proteger mediante la norma para saber así en qué sentido deberá interpretarse la ley, ya que carece de lógica interpretar una norma sirviendo a un fin que no era el perseguido por ésta, o protegiendo un interés que no se pretendía tutelar. Es decir, no valen las interpretaciones automáticas o ciegas de la ley, sino las

²⁰ 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).

²¹ 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, pág. 1.748.

ajustadas a las necesidades de cada caso concreto y en base a la finalidad de la norma.

Pues bien, en caso de no poder beneficiarse los ascendientes y cónyuges con su capacidad modificada judicialmente de la sustitución fideicomisaria especial podríamos incluso afirmar que, en cierto sentido, se estaría actuando contra la finalidad de la LPPD, que tiene como uno de sus objetivos principales el de proteger también a las personas mayores²².

A todo ello hay que sumarle que en España, según nuestros notarios, por regla general los testadores intentan proteger al cónyuge supérstite hasta su muerte, tal y como reconoce, entre otros, MARÍN CALERO²³, que 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”*.

Llegados a este punto parece lógico afirmar que el deseo del testador de beneficiar al cónyuge supérstite será mucho mayor cuando éste sea una persona cuya capacidad haya sido modificada judicialmente, ¿no?

Además, los supuestos en los que los fiduciarios de la institución especial fueran los ascendientes o cónyuges del testador serían los menos perjudiciales para el resto de herederos forzosos que hayan visto gravada su cuota de legítima estricta, ya que, por lógica, la sustitución fideicomisaria establecida a favor de un ascendiente con capacidad modificada judicialmente deberá durar menos que aquélla fijada a favor de un descendiente en la misma situación; o lo que es lo mismo, por naturaleza el tiempo de duración del gravamen que

²² 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.

²³ MARÍN CALERO, *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*, Editorial Ramón Areces, Madrid, 2.005, pág. 109.

deberían soportar los fideicomisarios sobre la cuota de su legítima estricta será menor cuando el fiduciario sea una persona mayor que cuando lo sea una persona joven²⁴.

En definitiva, el transcurso del tiempo nos dirá si los jueces españoles llegado el momento, actuarán con equidad permitiendo entonces que tanto los ascendientes, cónyuges y descendientes con capacidad modificada judicialmente puedan beneficiarse de la institución especial, o, por el contrario, se limitarán a aplicar la norma en base a su literalidad, lo cual limitaría como únicos posibles beneficiarios de ésta a los descendientes que se encuentren en tal situación.

CONCLUSIONES

Congresos como este tienen que servir de plataforma para que las personas relacionadas con el mundo de la discapacidad conozcan y divulguen que los ascendientes de personas con capacidad modificada judicialmente podrán, a la hora de hacer su testamento podrán instituir a éstos como herederos no solo el tercio de legítima estricta y en el de libre disposición, sino también sobre todo el tercio de legítima estricta a través de la conocida como sustitución fideicomisaria especial.

Solo el tiempo nos dirá si, como parece lógico, también podrá el testador beneficiar con esta medida de protección a los ascendientes y cónyuges siempre y cuando tengan su capacidad modificada judicialmente.

²⁴ Imaginemos que Carlos, de 60 años, decide instituir sobre su legítima estricta una sustitución fideicomisaria especial nombrando fiduciario a su padre de 90 años de edad y con su capacidad modificada judicialmente. Ahora imaginemos el caso en el que el mismo Carlos, decide nombrar como fiduciario de la institución especial a su hijo Pepe, de 20 años y también con su capacidad modificada judicialmente. ¿Cuál de las dos sustituciones fideicomisarias interesaría más al resto de herederos forzosos que hayan visto gravada su cuota de legítima estricta a través de la institución especial? Obviamente la establecida a favor del padre del testador, la cual durará, por regla general, menos tiempo que aquella fijada a favor del hijo.

VI.- BIBLIOGRAFÍA

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*, Nº 35, Madrid, 2.005.

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.

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, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2.004.

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.

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.

MARÍN CALERO, *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*, Editorial Ramón Areces, Madrid, 2.005.

MARTÍN MELÉNDEZ, *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, Editorial Dykinson, Madrid, 2.010.

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

ROCA SASTRE, *Estudio...*, cit., pág. 30; O'CALLAGHAN, *Comentario del Código Civil*, Coord: Sierra Gil de la Cuesta, Tomo 4, Editorial Bosch, Barcelona, 2006.

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.

TRAVIESAS, "Sustituciones Hereditarias", en *Revista de Derecho Privado*, núm. 171, 15 de diciembre, 1.927.