

UN SUPUESTO LEGAL ACTUAL DE FIDEICOMISO HEREDITARIO

GERARDO TURIEL DE CASTRO

Universidad de Oviedo

Ultimamente se ha venido produciendo un aumento de la concienciación social entorno al problema de los minusválidos, y que ha tenido su reflejo y repercusión legal en la promulgación de varias disposiciones, de distinto rango (R.D. 1169/2003, Ley 41/2003, Ley 51/2003, entre otras) abordando temas concretos tan dispares como el de la prioridad en el acceso laboral, la supresión de barreras materiales, la igualdad de oportunidad, etc., y de las que, en el orden de la modificación normativa civil general, la más importante es la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, que crea la nueva figura del patrimonio patrimonial protegido de las personas con discapacidad, nomina, formaliza y regula conductas que ya venían produciéndose en la práctica para crear la figura del contrato aleatorio de alimentos y modifica varias instituciones contenidas en nuestro Código Civil como la tutela, el mandato y en parte el régimen sucesorio.

Es en este último punto, la modificación del Código Civil en materia del régimen sucesorio (art. 10 de la ley) y en concreto en uno de sus puntos — alteraciones en la legítima — donde vamos a fijar ahora nuestra atención, en tanto que revitalizan una vieja figura del Derecho Romano que había pasado a nuestra legislación histórica y vigente — el fideicomiso — y que en la práctica estaba en franco retroceso y decadencia.

La nueva disposición establece: se añade un tercer párrafo al art. 808 C.C. con la siguiente redacción, pasando a ser cuarto el actual párrafo tercero: “cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el ter-

cio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos”.

Esta importante alteración del anterior régimen legal hubo de llevar aparejada la necesaria modificación, que también figura expresamente en la ley, de los artículos 782 y 813 C.C. permitiendo el gravamen que sobre la legítima estricta se establece por la ya citada modificación del art. 808.

La antigua figura del fideicomiso del Derecho Romano entrañaba en esencia una actividad en virtud de la cual alguien encomendaba al buen hacer (*bona fides*) de otro, a modo de ruego, la realización, para un momento posterior, de una conducta para con un tercero. El instituto fue de aplicación a muy diversas situaciones y fue teniendo entrada, regulación y protección paulatinamente en el ordenamiento jurídico, especialmente a través de las acciones de buena fe.

En el campo sucesorio se pretendió con él subsanar inconvenientes de orden legal que afectaban a las herencias o los legados, y se desarrolló en principio de una manera “no formal”. Después del conocido episodio de las disposiciones hereditarias establecidas por un antiguo militar amigo del Príncipe Augusto, y por obra de la jurisprudencia, aquel ámbito de “orden moral” en el que se desenvolvía la institución, encontró acomodo de protección procedimental en la *cognitio extraordinem*, y ya con Claudio se crearon los *praetores fideicomissarii*.

No podemos ahora, ni por razón de tiempo ni por razón del objeto fundamental de estudio, proceder a la exposición y análisis minucioso de todos los avatares, normas, efectos, etc que fue sufriendo el fideicomiso a lo largo de su desarrollo histórico y en el que, como es bien sabido, llega a confundirse con el legado aplicándosele a ambas instituciones reglas comunes. Sin embargo sí queremos hacer aunque sólo fuere de manera sucinta algunas precisiones o puntualizaciones necesarias para abordar después el examen de la normativa vigente actual antes mencionada.

La primera figura de la institución en el orden sucesorio, y que conocemos con el nombre de fideicomiso hereditatis, es el llamado fideicomiso universal y en el que el heres instituido es el fiduciario que habría de traspasar los bienes de la herencia al fideicomisario, en principio a través de una *mancipatio nummo uno* (Gayo) y luego por la *emptio venditio hereditatis* acompañada de las tan conocidas *stipulationes*.

El discutido encaje institucional del fideicomisario en razón de la hereditas y relación con el causante testador, vino en gran medida a resolverse por los SSCC Trebeliano (62 d.C.) y Pegasiano (75 d.C.) — que de hecho se refunden con Justiniano, Inst. 2.23.7. — y en los que el fideicomiso universal se configura realmente como una sucesión universal.

La pieza clave de la discusión era la naturaleza jurídica del fideicomisario en orden a la herencia, y en este orden el régimen, en su evolución histórica, resultó complejo y confuso, incluso desde el punto de vista lexicográfico, llegándose a decir que en principio el fideicomiso comienza con los efectos de un legado y acaba como una verdadera sucesión hereditaria, hasta el punto de equipararse en algunos textos el legado de herencia al fideicomiso universal. Como se ha puesto reiteradamente de relieve es la “restitutio” la que marca el fenómeno de la herencia sucesiva, y se ha señalado que es el contenido de esa misma restitutio el que alcanza a la cualidad de heredero que el fiduciario ha de pasar al fideicomisario.

Como ejemplo de la complejidad del tema en los textos suele citarse el pasaje de Celso sobre la restitución de frutos y en el que se parte de la hipótesis de que el testador no había querido dejar nada al fiduciario, considerándolo un simple testaferro; complejidad que llega a los textos justinianos en los que con claridad el fideicomisario es “heres” aunque en grado sucesivo, si bien en el régimen legal del instituto, como por ejemplo en las formas de adjudicación, se asemeja más al legado que a la propia herencia.

Fue así, pues, como llegó a delimitarse la figura de la sustitución fideicomisaria, según la cual se otorga un fideicomiso a favor de una persona ordenándole que tras la adquisición de la herencia por ella, pase los bienes a otra, luego de transcurrir cierto tiempo o cumplirse determinada condición. Es aquí donde realmente aparece la “herencia sucesiva”, y donde puede hablarse realmente de fideicomiso hereditatis, si bien conviene advertir que en buena medida la terminología no es puramente romanística ya que los romanos no emplearon nunca para ello los términos *substituere* ni *substituto*.

El instituto vincula a la totalidad de la herencia, y el heredero instituido entra en la herencia de modo efectivo y verdadero, permaneciendo en su goce durante un cierto tiempo o hasta que se cumpla una determinada condición, en que la restituye al sustituto. Y es aquí donde resalta con más claridad la idea de que la institución no puede considerarse como disposición a título particular, comparable al legado, sino como disposición hereditaria — precisamente de herencia sucesiva — y donde, como ya dijimos, la restitutio se configura en términos de atribuir al fideicomisario la condición de heres que sucede no *en lugar* del heredero sino *después* del heredero, ocupando la misma posición.

Este régimen de herencia sucesiva es el que ha llevado a la doctrina moderna a equiparar prácticamente las figuras del fideicomiso hereditatis con la *substituto*, llamando al fideicomiso de herencia sustitución fideicomisaria.

Dos aspectos propios y específicos del fideicomiso lo constituyeron los llamados fideicomiso de residuo y fideicomissum familiae relictum.

La nota más característica del llamando fideicomiso de residuo viene dada porque el testador *dispensa*, ya total ya parcialmente, al fiduciario del deber de conservar los bienes, pudiendo producirse así un doble efecto:

- a) Exención total: el fideicomisario sólo tiene derecho a lo que quede, de ahí que se conozca como fideicomiso “si quid supererit”.
- b) Exención parcial: en la que se le exime del deber de conservar sólo parte de la herencia; pudiendo producirse así a su vez una doble situación, ya que tiene que restar una parte necesariamente para el fideicomisario — “eo quod supererit” — y puede restar otra si algo queda de la parte exenta “si quid supererit”. En esta modalidad se restringen los poderes de disposición del heredero fiduciario, ya que siempre tiene que quedar algo, aunque también puede quedar algo de lo que podía haber dispuesto y no dispuso.

De esta forma el derecho del fideicomisario, en el fideicomiso de residuo es, como ha dicho la doctrina, una “expectativa” pendiente de que algo quede.

La modalidad del fideicomissum familiae relictum viene dada en virtud de la pretensión de conservar los bienes en el seno del grupo familiar, y se ha desarrollado fundamentalmente en el derecho intermedio, sobre todo en virtud del apogeo que entonces tenían los institutos de la primogenitura y el mayorazgo.

En este fideicomiso se vincula la herencia, ya íntegramente ya parcialmente, a la familia, a través de un orden sucesivo de restituciones. El beneficiario no puede enajenar o todo el patrimonio o algún bien específico y particular de la familia, que se vinculan a sucesivas generaciones; y el fideicomiso ha de referirse no a un tercero en general sino a un sujeto concreto de la familia o a varios de sucesivas generaciones, aunque en el orden histórico, y ya desde Justiniano (N. 159), se puso límites a ese orden sucesivo.

Anotemos por último y con referencia general a la “restitutio” — restituer quidquid ex hereditate mea superfuit — que la facultad de enajenar venía sujeta al principio “boni viri arbitrato”, llegándose a fijar en límites cuantitativos (tres cuartas partes del caudal hereditario, según N. 108 de Justiniano) y que en la variante enunciada como “quidquid de hereditate supererit” cabía la posibilidad de sustituir las cosas utilizadas de la herencia por otras nuevas (subrogación real) así como la posibilidad ya indicada de disminuir el caudal hereditario según el principio de la buena fe.

En una breve referencia al derecho intermedio y la recepción son principalmente de anotar los siguientes textos:

- Partidas, 6.^a, tit. 5, ley 14.
- Leyes de Toro: XL a XLVI, y Ley X (T. 17.12).
- Derecho foral de Aragón: Fuero 6.º; Fuero único; Observancias 1.^a y 2.^a
- Novísima recopilación L. 10, tit. 8, ley 1.^a
- Compilaciones y Derecho Foral de Cataluña, Navarra y Baleares.

Antes de la reforma operada por la reciente Ley 41/2003 el panorama del Derecho común español, que en gran parte sigue vigente, y en cuanto a lo que a nuestro estudio interesa, era el siguiente:

El fideicomiso se recoge en sede de las sustituciones en la institución de heredero, y se plasma con el nombre de sustitución fideicomisaria definiéndola (art. 781 C.C.) como aquella en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero en todo o en parte la herencia.

Tal como unánimemente ha señalado la doctrina ello significa una doble vocación hereditaria, un gravamen sobre el fiduciario, y un orden sucesivo para la adquisición de la herencia.

De tal manera que conforme expresamente establece el art. 784 el fideicomisario adquiere su derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque dicho derecho se perfecciona a la muerte del fiduciario.

El art. 783 consagra la obligación del fiduciario de entregar la herencia al fideicomisario si bien, y salvo que el testador haya dispuesto otra cosa — en clara referencia a ... transmitir en parte... del art. 781; o a otras disposiciones específicas — puede el fiduciario hacer deducciones por gastos legítimos, créditos y mejoras; norma que hay que compaginar con la contenida en el número 2.º del art. 785 que declara nulas las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar, e incluso la temporal, fuera de los límites del art. 781 C.C.

Es así como el contenido del fideicomiso se ha definido como una masa de bienes con prohibición de enajenación hasta determinado límite, y con obligación de conservarlos para transmitirlos.

Conviene anotar aquí que tanto la doctrina como la jurisprudencia han establecido diferencias de naturaleza entre la sustitución fideicomisaria del art. 781 y otras figuras más o menos afines, como la testamentaria de residuo o el usufructo testamentario. Y así se ha dicho que el fideicomiso de residuo tiene siempre un carácter condicional, “si algo quedase”, caracterizándose por

una cierta liberación de la obligación de conservar; y que aunque hay una importante semejanza entre el usufructo testamentario y la sustitución fideicomisaria, sobre todo si ésta es “condicional”, no debe olvidarse que el usufructo constituye siempre un derecho “in re aliena”, no pudiendo hablarse de un doble llamamiento, como se hace en realidad en la sustitución fideicomisaria en la que no puede hablarse de “cosas ajenas”. En verdad que la diferenciación de las instituciones se hace más difícil cuando el usufructo se establece con facultad de disponer, y sólo entonces puede acudirse a la naturaleza base ya indicada de que el usufructo es *ius in re aliena*, sobre la que el testador distribuye facultades entre el usufructuario y el nudo propietario, mientras que en el fideicomiso el titular tiene desde el principio el pleno dominio de la cosa.

Como ya ha señalado la doctrina, en el desarrollo histórico de la sustitución fideicomisaria recogida en el art. 781 C.C. se encuentra más que el fideicomiso universal el fideicomiso familiar de residuo; y a este respecto son tanto más aleccionadoras las disposiciones tanto de las Partidas como sobre todo las de las Leyes de Toro. Y nótese que precisamente por esas circunstancias que vinculaban los bienes a mayorazgos, feudos y patronatos que posteriormente se entendieron que impedían y perjudicaban el desarrollo económico y fundamentalmente el industrial, fue por lo que tanto en el Código de Napoleón como en los proyectos de Código Civil a partir de 1851, a instancia de García Goyena, se suprimió prácticamente la figura de la sustitución fideicomisaria, que volvió a introducirse en la Base 16 de la Ley de 11 de mayo de 1888, que luego es plasmó en el art. 781 C.C.

La doctrina es también casi prácticamente unánime al establecer el principio de que aunque el fideicomisario trae su derecho del propio testador, sucede a la muerte del fiduciario, y por lo tanto su institución es *post mortem alterius*, y está sujeta a un término *certus an incertus quando* (si bien en este punto otra parte de la doctrina prefiere calificar la circunstancia como condición). Siguiendo el criterio que jurisprudencialmente se desarrolló ya desde 1908, se entiende que la sustitución fideicomisaria lleva siempre implícita la sustitución vulgar del fiduciario. Y es en este orden donde buena parte de la doctrina, apoyándose principalmente en STS de 1-12-1951 encuentra una diferencia básica entre la sustitución fideicomisaria y el fideicomiso de residuo, porque en este último el heredero fiduciario es el preferido por el testador, que le instituye como el dueño con todas sus consecuencias, mientras que el fideicomisario es llamado en segundo término a recibir aquello de lo que no hubiera dispuesto el heredero fiduciario, de tal forma que el fideicomisario de residuo no adquiere su derecho más que hipotéticamente desde la muerte del

testador, porque el eventual que le asiste sólo se perfecciona cuando se extingue la vida del primer llamado, en mayor o menor extensión, incluso hasta no llegar a nacer si el fiduciario puede disponer de todos los bienes tanto por actos inter vivos como mortis causa, si para ello hubiera sido autorizado; y consiguientemente el fideicomiso no tendría efectividad alguna si de una u otra forma el heredero fiduciario dispuso de la totalidad de los bienes.

En este mismo sentido el Tribunal Supremo ha manifestado reiteradamente ya desde 1966, que las cláusulas de residuo son en verdad “sustituciones condicionadas” y en tales sucesiones la delación a favor del fideicomisario se produce “al cumplirse la condición”.

Conviene anotar que en el fondo de esta discusión se encuentra la tesis ya mantenida de antiguo por la doctrina y explicitada jurisprudencialmente desde la sentencia de 13 de noviembre de 1948 de que en nuestro código existe una laguna normativa respecto al fideicomiso de residuo que sólo en parte puede entenderse comprendido en el art. 781 y más específicamente en el 783, referido a la restitución de bienes.

Restitución que la jurisprudencia, siguiendo el mismo método que alumbró la jurisprudencia romana, ha entendido siempre como “casuística” basada en criterios de buena fe, voluntad del difunto, interés objetivo de la herencia y necesidades de los sujetos, pero partiendo siempre de que tal restitución de bienes no anula en ningún caso la condición de heredero del fiduciario. Aclarando expresamente que la determinación de tales criterios viene establecida para defender los derechos del — también heredero fideicomisario —.

Viniendo ahora a la reforma establecida por la Ley 41/2003, trataremos de calificar las situaciones jurídicas por ella contempladas en el ámbito de las doctrinas antedichas, y de buscar y en su caso clarificar los efectos que la reforma puede producir.

La primera cuestión es la referida a los sujetos de la sucesión. No admite duda alguna que sólo puede aplicarse a las disposiciones testamentarias de un padre o un ascendiente, excluyendo cualquier otro tipo de causantes, aunque tuvieran relaciones incluso familiares con un incapacitado, si no ostentaren el parentesco familiar directo que la Ley establece.

Y por lo que hace referencia al beneficiario es necesario señalar que aunque el ámbito general de la ley que se titula de protección de personas con discapacidad, contiene una terminología a veces confusa, intercambiando los términos discapacitado/incapacitado, la redacción textual del art. 808 modificado (... hijos o descendientes que hayan sido judicialmente incapacitados ...) que se repite en la modificación de los artículos 782 y 813, unida al texto del apartado b) del Motivo VII de la Exposición, y a la nueva disposición adicional

cuarta del Código Civil que se contiene en el art. 13 de la Ley, lleva a la ineludible conclusión de que los beneficios establecidos por la nueva normativa sucesoria fideicomisaria sólo pueden aplicarse a los incapacitados jurídicamente según el art. 199 C.C. y concordantes.

Por lo que respecta a la teleología de la reforma, no sólo el contexto general de la ley sino, y de forma expresa, el Motivo VII de la Exposición no admite duda alguna al establecer que la sustitución fideicomisaria puede establecerla el testador “pero sólo cuando ello beneficie a un hijo o descendiente jurídicamente incapacitado”, lo cual implica no sólo una determinación del sujeto, como ya hemos visto antes, sino una motivación o finalidad clara que ha servido de fundamento al dictado de la propia norma. En este sentido la norma coincide con el criterio jurisprudencial ya recogido de la STS de 21-11-56 de que en el llamamiento hereditario el heredero fiduciario (hijo o descendiente incapacitado) es el PREFERIDO por el testador. Veremos luego que consecuencias o efectos puede producir esa preferencia.

La discusión teórica sobre la naturaleza jurídica sucesoria del fideicomisario respecto a la *successio* del causante, está fuera de lugar por cuanto en razón de la propia situación jurídica de los sujetos establecida por la Ley, el fideicomisario no solamente es heredero del testador sino que es uno de sus legitimarios, ya que el fideicomiso tiene que recaer sobre el tercio de legítima estricta y, según explicita el art. 88.3 *in fine* los fideicomisarios son los coherederos forzosos.

En una interpretación como mínimo literal del precepto hemos de concluir que en principio el fideicomiso debe recaer sobre toda la porción de legítima estricta, y por lo tanto grava a todos los legitimarios (herederos forzosos). La cuestión que habrá de resolverse en el futuro, vía discusión doctrinal y jurisprudencial, es la si el testador, haciendo uso de la amplia facultad que a la voluntad testamentaria concede nuestra Ley, puede establecer la sustitución fideicomisaria ahora creada a favor del hijo o descendiente incapacitado, sobre una parte o cuota de la legítima estricta, o incluso si pudiera gravar con el fideicomiso a unos legitimarios y no a otros (aunque este último supuesto parece descartarse ab initio dada la condición jurídica de fuerza del legitimario frente al causante y el principio general de no discriminación).

Como es bien sabido la propia naturaleza de la parte legítima hereditaria, impedía cargar sobre ella, especialmente en lo que hace referencia a la cuota estricta, cualquier tipo de gravamen.

Ya en el Derecho Romano la norma *quoniam in prioribus* estableció que se tendrían por no puestos los gravámenes sobre *portio legitima*, e igual ocurría sobre las disposiciones que perjudicaban los derechos de los llamados al ejercicio de

la acción de testamento inoficioso (C3. 28.32). En nuestro Código Civil el art. 782 anterior rechaza cualquier gravamen sobre la legítima estricta, aunque lo acepta sobre la cuota de mejora, y a favor de los descendientes, precisamente en razón de la naturaleza jurídica de la mejora. El establecimiento ahora del fideicomiso a favor del hijo incapacitado obligó a la modificación del art. 782. Pero al introducir la reforma conservando el inicio y el final del viejo texto, se puede producir una cierta distonía interpretativa al aplicar a la legítima estricta el beneficio a favor de hijo o descendiente, mientras que al aplicarlo al tercio de mejora se habla sólo de descendiente; distonía que entendemos viene dada por una simple incorrección debida a la rapidez con la que se tramitó la reforma, pero que será sin duda salvada y resuelta por la jurisprudencia en la aplicación de la normativa legal.

Mayor problema presenta el análisis del objeto del fideicomiso, al margen del ya referido de su extensión sobre toda o parte de la legítima.

Partiendo de que tanto por su sede legal como por la expresa redacción del texto nos encontramos ante una sustitución fideicomisaria, que según nos indica la propia Ley que la establece (Ley 41/2003) está encaminada para favorecer y proteger los intereses del fiduciario (hijo o descendiente incapacitado), y compaginando este criterio con el principio básico de la portio legítima del heredero forzoso, la cuestión que inmediatamente se plantea es la de qué puede hacer el fiduciario, para satisfacer su beneficio, con los bienes que constituyen el caudal de la cuota legítima estricta sujeta al gravamen.

No olvidemos que por la evidente aplicación de lo dispuesto en el art. 781 C.C. el fiduciario debe transmitir al fideicomisario "... todo o parte ..." de la herencia, en este caso específico referido en concreto a la cuota legítima del fideicomisario. ¿Puede el padre testador restringir la legítima de sus otros hijos o descendientes forzosos estableciendo expresamente en su testamento la obligación del hijo incapacitado (fiduciario) de restituir a sus hermanos o coherederos forzosos "sólo parte de la legítima"?

Ello además nos lleva a un problema de fondo cual es el de la verdadera finalidad práctica que se persigue al establecer el fideicomiso a favor del hijo incapacitado. Parece evidente que lo que se pretende es conceder a dicho beneficiario un derecho sobre los bienes que no sea sólo puramente teórico, sino que signifique realmente un beneficio económicamente computable, ya sea de uso, de usufructo, enajenación, etc.

Ha de tenerse muy presente que la aplicación práctica material de todos estos supuestos conlleva el hecho de que el fideicomiso que se configura teóricamente como un gravamen sobre la legítima sin perjuicio de la integridad de ésta, afecta de lleno a esa propia integridad legitimaria hasta el punto de

que puede vaciar de contenido material la misma portio legitima.

A nuestro juicio el establecimiento del fideicomiso debe implicar la obligación del fideicomitente testador de establecer las facultades conferidas al fiduciario, el problema es el límite, que ex lege, deben fijarse a esas facultades establecidas por el causante. Pero lo cierto es que si la sustitución fideicomisaria no significa beneficio material alguno para el fiduciario, la modificación no respondería a la finalidad que guió la promulgación de la Ley.

A este respecto es importante tener en cuenta que uno de los beneficios indudables de carácter patrimonial que podría tener el fiduciario incapacitado es el de disponer de una vivienda que no le pudiera ser discutida ni arrebatada en vida por un legitimario. Pero este aspecto del derecho de habitación a favor de un legitimario no solamente incapacitado judicialmente, sino de cualquier discapacitado, está ya recogido en la modificación que la propia ley establece en el art. 822 C.C.; y por lo tanto si ese fuera el único o principal beneficio atribuible al fideicomiso no tendría mucha razón de ser su establecimiento.

En esta misma línea de problemas cabe preguntarse si la sustitución fideicomisaria establecida por la reforma implica un derecho del beneficiario fiduciario (hijo incapacitado) vitalicio, o si el padre testador puede establecer un término de duración al fideicomiso.

En cualquier caso ha de entrarse así en la temática que genera la restitución de los bienes a los herederos forzosos fideicomisarios. Ya hemos dicho que cabe la posibilidad de que, dentro de los términos legales, el fideicomitente establezca unos criterios aplicables a la restitución de bienes; pero si no hubieran sido establecidos en testamento, entendemos que habría de estarse a los criterios ya determinados jurisprudencialmente para la restitutio, planteándonos de esta forma un nuevo problema, a saber: el fideicomiso a favor del hijo incapacitado es ¿mera sustitución fideicomisaria o ha de entenderse también como fideicomiso de residuo? En cualquier caso, y más específicamente en el segundo supuesto, a los criterios de buena fe e interés objetivo de la herencia, habría que añadir específicamente el de “las necesidades del fiduciario” que jurisprudencialmente se ha venido aplicando a los fideicomisos de residuo. Ello podría implicar nada menos que la facultad del fiduciario para enajenar bienes, y al problema ya antes enunciado del vaciado material de la cuota legítima, se sumaría otro, tendente a evitar dicho vaciado, cual sería el de la aplicación a la masa de bienes legitimaria el principio patrimonial de la subrogación real.

Vengamos por último a una breve reflexión de política y técnica jurídico-legislativa.

El preámbulo de la Exposición de Motivos nos informa que la Ley tiene

por objeto regular nuevos mecanismos de protección de las personas con discapacidad, centrándolo en un aspecto esencial de esa protección, cual es el patrimonial, todo ello dentro del cumplimiento del mandato que a los poderes públicos da el art. 49 de la Constitución, tratando de responder a la especial situación de las personas con discapacidad, ordenando los medios necesarios para ello, y logrando así que la igualdad entre tales personas y el resto de los ciudadanos sea real y efectiva, tal como exige el art. 9.2 de la Constitución.

¿Responde la reforma a esos planteamientos de política legislativa?

No debe olvidarse que la normativa ordinaria que regula la sucesión testamentaria otorga al causante una amplia facultad de disposición patrimonial que en el caso de un padre testador con hijos legitimarios permite la disposición de bienes a favor de uno de esos legitimarios en una cuantía superior a los dos tercios de la herencia. Bastaría pues que el padre dejara al hijo de especial protección el tercio de libre disposición y el tercio de mejora, además de su cuota de participación en el tercio de legítima estricta, para que se obtuviera la finalidad que la ley dice perseguir. Y ello sin tener en cuenta otras disposiciones particulares como la de impedir el fraccionamiento de la empresa familiar, la posibilidad de pagar las cuotas de legítima estricta no con adjudicación de bienes hereditarios, sino con su importe en metálico, e t c .

Y parece claro que hay que entender que la específica protección patrimonial que brinda la reforma legislativa sólo tiene sentido práctico si va acompañada del otorgamiento de mejora y libre disposición a favor del incapacitado, porque resultaría disparatado que para favorecerle se gravaran las cuotas de legítima estricta, mientras se disponía, incluso a favor de terceros, de los dos tercios de patrimonios que constituyen la mejora y la libre disposición.

La aplicación pues de la norma ordinaria de atribución de cuotas hereditarias, parece que cubriría suficientemente la protección que se pueda dispensar al hijo incapacitado. Pero el legislador, sin duda para responder a esa corriente político-social que ya hemos señalado, quiso ampliar aún más dicha protección al hijo incapacitado.

Partiendo de la norma ordinaria, tal ampliación sólo podía recaer sobre la legítima estricta, pero como es lógico el legislador se cuidó de no llevar la protección hasta el límite de que llegara a privar de la legítima estricta a los legitimarios. Por eso hay que entender que la protección que se dispensa al hijo incapacitado consiste en la posibilidad que éste disponga y aproveche de por vida de todos los bienes constitutivos del patrimonio hereditario de su padre. Para ello el mecanismo lógico debiera haber sido el del usufructo, que respeta por su propia naturaleza el derecho de propiedad (nuda propie-

dad) del legitimario.

Pero la aplicación de la institución usufructuaria sobre la cuota de legítima estricta chocaba con disposiciones legales expresas — que se hubieran podido derogar o excepcionar — y sobre todo con la idea social de la “santidad” de la legítima. Por eso el legislador prefirió “excepcionar” sobre las reglas del art. 782, referidas a la sustitución fideicomisaria, extendiendo a la legítima estricta la excepción legal que ya era aplicable al tercio de mejora, y que parecía técnica y socialmente más respetuosa con el derecho de los legitimarios.

El legislador se debatió entre aumentar ex lege la protección a los incapacitados, respetar la libertad testamentaria de los causantes, mantener la santidad formal de la cuota legítima, y formar con todo ello un *totum revolutum* que tuviera encaje en la normativa civil sucesoria. Y para salir del paso de ese conflicto que, a nuestro juicio se había creado un tanto demagógicamente el propio legislador, sólo se le ocurrió acudir a la revitalización del viejo instituto del fideicomiso hereditario.

Las consecuencias de esa actuación las veremos en el futuro.

BIBLIOGRAFIA BÁSICA

Para el Derecho Romano, y con carácter general, v. por todos Biondo Biondi; *Successione Testamentaria e Donazioni*; Giuffrè, Milán 1955 (ed. Española Bosch Barcelona 1960). Y para todos los particulares referidos especialmente al fideicomiso, v. Armando Torrent Ruiz; *Fideicomissum Familiae Relictum*, Oviedo 1975.

Y para el Derecho Civil actual, v. por todos José Luis Albácar López, *Código Civil Doctrina y Jurisprudencia*; Trivium, Madrid 1991.

En cuanto a las sentencias del Tribunal Supremo, v. especialmente 24-4-1911, 3-3-64, 17-4-64, 13-12-74, 25-4-84 (sobre requisitos generales del fideicomiso), 19-5-52, 12-11-56, 9-10-86, 2-12-86 (sobre diferenciación con figuras afines), 25-4-81 (sobre deducciones), 26-5-25, 9-7-27, 13-11-48 1-12-51, 20-10-62, 25-5-71, 25-4-83, 13-3-89 y RDGRN 5-10-66 (sobre f. residuo)