

PROTECCIÓN DEL HEREDERO LEGITIMARIO INCAPACITADO A TRAVÉS DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

TEMA: 3. JUSTICIA Y VULNERABLES POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD

A) SUPUESTO DE HECHO

Para el estudio de esta importante cuestión, partimos del siguiente supuesto: testador con tres hijos, uno de ellos con discapacidad, que desea proteger el patrimonio futuro de este último. Los artículos 782 y 808 CC, en su actual redacción vigente, permiten al testador con un legitimario discapacitado gravar la legítima estricta de sus hermanos con una sustitución fideicomisaria. El discapacitado debe encontrarse judicialmente incapacitado, gozando de la condición de fiduciario, mientras que sus hermanos tendrán la condición de fideicomisarios. La sensación para los hermanos es que la adquisición de su cuota de legítima, si el testador hace uso de tal facultad, se encuentra condicionada de manera suspensiva al fallecimiento del hermano con discapacidad, quien, entretanto, la hace suya.

Pero siempre y cuando se den los siguientes parámetros:

- Su carácter facultativo, por lo que sólo puede tener lugar en la sucesión testamentaria (y el testamento debe ser válido).

- No basta con ser discapacitado: según la propia 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”, son los que tengan reconocida judicial o administrativamente una minusvalía psíquica igual o superior al 33%, así como los que tengan reconocida judicial o administrativamente una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65%.

- Se requiere, además, la incapacitación declarada mediante sentencia judicial, tal como exige el artículo 199 CC.

- Y que el incapacitado no tenga descendencia pues, sino, perjudicaría los derechos de sus herederos forzosos.

B) LOS SUJETOS PROTEGIDOS

No debemos olvidar que la nueva redacción prevista en el “Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, de fecha 17 de julio de 2020, prevé importantes cambios en la materia. Y ha afectado directamente a dos conceptos que operan en el ámbito jurídico de dos maneras completamente distintas: en primer lugar, el concepto de “discapacidad”, más propio del derecho público y cuyo reconocimiento en el entorno administrativo, una vez acreditadas ciertas deficiencias físicas o psíquicas, no comporta necesariamente la incapacitación, la cual incide en la capacidad de obrar.

En este sentido, la Ley 41/2003 se dirige a proteger el patrimonio de personas afectadas por grados elevados de discapacidad, con independencia de que en ellas concurren o no las causas de incapacitación del artículo 200 CC, y se les reconoce de manera expresa facultades de administración y gestión del patrimonio protegido, si su discapacidad no afecta a su grado de discernimiento; así como el concepto de “incapacitación”, más propio del derecho privado, que ha de reconocerse judicialmente, puede tener lugar respecto de personas no discapacitadas y va destinada a proteger el patrimonio del que carece de capacidad de obrar.

Como ya ha criticado con fuerza una parte de la doctrina, como para el supuesto que examinamos se requiere la existencia de incapacitación judicial, ello supone “una medida injustificadamente discriminatoria” con respecto a las personas con discapacidad no incapacitadas judicialmente. Provocado por la preocupación de que los discapacitados sobrevivan a sus progenitores, reflejada en la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003. Asimismo, podemos encontrarnos con que, como atisba un sector de la doctrina, con la posibilidad de que el discapacitado inicie el correspondiente procedimiento para recuperar su capacidad, por lo menos un grado superior al de mera conservación del patrimonio, diluyéndose, poco a poco, el sentido y contenido de la sustitución fideicomisaria impuesta por el testador para su protección. Como consecuencia de la

conditio iuris que supone la incapacitación judicialmente declarada, sino desaparece el fideicomiso.

Si nos fijamos en la Convención de 2006 de Derechos de las Personas con Discapacidad, su artículo 1º comprende entre las referidas personas a “aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Siguiendo esa línea, el Proyecto de 2020 modifica los arts. 782 y 808 CC, eliminando la exigencia de que exista una incapacitación declarada judicialmente para el establecimiento de la sustitución fideicomisaria, puede hacerse “en beneficio de un hijo del testador que se encuentre en una situación de discapacidad psíquica, física o sensorial”, tal y como reza el primero de los preceptos, siguiendo la misma redacción el 808. Parece con ello darse solución a la demanda de gran parte de la doctrina, eliminado esa suerte de discriminación dentro del concepto global de discapacidad.

Idea que en nuestro Derecho interno ya recogía, en su artículo 2º, el Real Decreto Legislativo 1/2013, 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, la definir la “discapacidad” como “una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Del contenido de ambos preceptos del CC se deduce que sólo pueden ser herederos fiduciarios los hijos o descendientes, pero siempre y cuando se trate de descendientes legitimarios, “ya sea porque no existen los de primer grado, sea porque concurren por derecho de representación”¹. Y ello porque se les denomina “coherederos forzosos”, por lo que, si no son legitimarios, no puede tener lugar el supuesto de la sustitución, aparte la posibilidad de incluirles en el tercio de mejora.

Parece que la exigencia de incapacitación se dirige a la búsqueda de un criterio

¹ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *Derecho de sucesiones y discapacidad: retos y cuestiones problemáticas*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2020, p. 77.

objetivo que demuestre la especial situación de gravedad de la persona instituida como fiduciario, pues una de las finalidades de la Ley 41/2003 se basa precisamente en evitar la figura de la incapacitación. Lo que parece evidente es que el fiduciario debe encontrarse incapacitado en el momento del fallecimiento del testador o, por lo menos, que exista previamente el deterioro de la persona para que el testador lo tenga en cuenta en su testamento (pensemos, por ejemplo, en la posibilidad de que el procedimiento de incapacitación se hubiese iniciado al fallecimiento del causante). En definitiva, no se busca favorecer el inicio de procedimientos judiciales de incapacitación, sino de proteger al heredero discapacitado.

C) EXTENSIÓN DEL FIDEICOMISO

Una de las cuestiones controvertidas radica en si la figura de la sustitución puede ampliarse a los tercios de mejora y libre disposición, donde existen criterios enfrentados en la doctrina, discutiéndose la posible reducción de la libertad del testador, así como la reducción de los derechos de los coherederos forzosos. La solución no resulta pacífica, dado que uno de los dos hermanos coherederos del discapacitado puede verse beneficiado con la adjudicación de los tercios de mejora y de libre disposición, mientras que el otro recibe de lleno el gravamen sobre su parte de legítima estricta, una especie de expectativa de derechos en forma de fideicomiso. Una solución podría haberse encontrado estableciendo la sustitución fideicomisaria sobre toda la herencia, lo que hubiese puesto en situación de igualdad a todos los coherederos.

Otra cuestión de interés es si la sustitución grava la legítima por entero. Si aplicamos lo dispuesto en el art. 777 CC, según el cual las sustituciones sucesorias no afectarán a los derechos de los herederos forzosos del sustituido, los herederos legitimarios del fiduciario incapaz no resultarán afectados por el gravamen, recibiendo su parte correspondiente sin tener que cederla al resto de coherederos, pues lo contrario perjudicaría al incapacitado al recibir su parte de legítima gravada.

Sin embargo, no se aclara tal extremo ni en la vigente redacción del Código Civil ni en la prevista en el Proyecto de reforma del mismo en esta materia. Lo que nos lleva a otra duda planteable: ¿qué sucedería si al incapacitado se le deja, además, sin ningún tipo

de gravamen, los tercios de mejora y libre disposición? Entonces los hermanos coherederos sí que dispondrían únicamente de una simple expectativa de derechos sobre el tercio de legítima: cuestión tampoco prevista por el legislador, centrado en la protección del incapacitado sin tener en cuenta la reducción tan extrema que podría darse de los derechos de los demás coherederos forzosos (lo que chocaría con el principio vertebrador de la Convención sobre igualdad de derechos y obligaciones de las personas discapacitadas con las demás en la sociedad). Dejando abierta la posibilidad a un procedimiento judicial por los dos hermanos del incapacitado en defensa de la igualdad de derechos sucesorios, con la consiguiente dificultad de interpretación para el tribunal, el cual, creo, se inclinaría por aceptar dicha opción del testador, al no encontrarse prohibida ni matizada por el Código Civil.

Si atendemos al contenido del artículo 783 CC (donde el fiduciario está obligado a entregar la herencia al fideicomisario) nos encontraríamos ante un fideicomiso de una parte alícuota de la herencia (la legítima estricta) y no parece razonable pensar que el gravamen sobre la legítima estricta pueda concretarse en un auténtico fideicomiso de residuo, con el riesgo de que los fideicomisarios nada reciban al morir el fiduciario, defraudándose sus derechos legitimarios, una especie de “desheredación” encubierta (solución con la que no comulgo, desde luego).

D) LA ADMINISTRACIÓN DEL FIDEICOMISO

Teniendo en cuenta la dinámica de esta especial sustitución fideicomisaria, surge una cuestión capital sobre el alcance de las facultades dispositivas del incapacitado fiduciario: ¿quién y cómo puede administrar el fideicomiso? Diversas cuestiones se plantean:

1. El fiduciario, por sí o a través de representante legal, necesitará el consentimiento de los fideicomisarios para la transformación o modificación de los bienes transmitidos, no su simple conservación y gestión. Habrá que estar, en todo caso, a la especial naturaleza de los bienes fideicomitados, dado que algunos pueden ser consumibles, mientras que otros requieren actos de disposición para su mejor conservación.

El fiduciario dispone de un derecho de goce exclusivo y excluyente que necesariamente debe imponer limitaciones en cuanto a las facultades dispositivas, en concreto aquellas que no signifiquen propiamente una función asistencial para el incapacitado. Es decir, puede disponer y enajenar los bienes que componen el fideicomiso y encargarse de las cargas y deudas de los mismos. No queda claro que pueda vender bienes para sustituirlos por otros con el objetivo de alcanzar mayores rendimientos económicos, aunque cuente con la oportuna autorización judicial, por cuanto rompería el derecho de los fideicomisarios en su calidad de legitimarios a recibir de bienes de la herencia como parte de su legítima, necesitando su consentimiento. En caso contrario, no sería descabellada la interposición de una demanda de impugnación de las ventas realizadas por la infracción de sus derechos sobre la herencia. La prueba en juicio por parte de la representación del fiduciario se dirigiría lógicamente a la defensa de la importancia de tales ventas como medio para una mejor asistencia de las necesidades de la persona incapacitada. Y dicha necesidad es la que daría lugar a la subrogación real del bien concreto, como sucede, por ejemplo, en los casos de responsabilidad civil, donde no haría falta el consentimiento de los fideicomisarios.

Por lo que se refiere a los gastos ordinarios y extraordinarios de los bienes fideicomitados, para los primeros resultan aplicables las normas del usufructo, mientras que para los segundos (en base a los arts. 501, 502 y 783 CC) el fiduciario podría solicitar el importe de la mejora a los fideicomisarios, deduciéndose de la herencia el aumento de valor de dichos bienes.

2. Por aplicación del art. 497 CC, el heredero fiduciario se encuentra obligado a la conservación y administración de los bienes con la diligencia de un buen padre de familia, por lo que resulta fundamental la labor del tutor legal en la realización de las diversas operaciones que exijan tales obligaciones, las cuales vendrán convenientemente reflejadas en la rendición anual de cuentas presentada al juez, así como en la obtención de las correspondientes autorizaciones cuando resulten necesarias dependiendo de la importancia de las mismas.

3. Otra obligación para el fiduciario consiste en la realización de un inventario de

los bienes siempre que lo soliciten los hermanos fideicomisarios², aplicándose en este caso lo dispuesto para la sustitución fideicomisaria ordinaria, igualmente preparado por el tutor. Con ello se consigue que queden perfectamente delimitados los bienes fideicomitados de los que forman parte del patrimonio personal del fiduciario incapacitado, evitándose así confusiones y litigios innecesarios entre los hermanos herederos.

4. Una cuestión conflictiva reside en la obligación del fiduciario de constituir fianza, tal y como se establece para la sustitución fideicomisaria ordinaria. Sin embargo, no resulta tan claro. Me explico: hay autores que defienden la no obligación de su constitución en atención a la especial sustitución en la que nos encontramos, si bien podría defenderse que, precisamente por dicha especialidad o excepcionalidad, sería conveniente. Pero, en este caso, teniendo en cuenta las dificultades que venimos mencionando, habría que apostar por la obligatoriedad de su constitución, más aún porque el fiduciario cuenta con el apoyo de su tutor.

5. También nos encontramos con la obligación de rendición de cuentas por parte del tutor o representante legal del fiduciario hacia los hermanos fideicomisarios a la finalización del fideicomiso impuesto por el testador, lo que ocurrirá, normalmente, a la muerte del fiduciario. Se trata, en todo caso, de una rendición de cuentas diferente e independiente de la anual presentada por el tutor al juez.

6. Finalmente, queda el tema de la responsabilidad por las deudas hereditarias. Al igual que sucede con la norma general en materia de Derecho de Sucesiones, el fiduciario responderá, incluso con sus propios bienes, de las deudas del causante, por lo que, tratándose de una persona con discapacidad, el tutor deberá proteger sus intereses con la opción de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario en el caso de sospechar de la existencia de deudas importantes que pueden perjudicarlo.

4.- ¿Y si fallecen los progenitores del incapacitado y sus representantes legales son sus hermanos fideicomisarios? Puede llevar a una causa judicial de inhabilidad para

² Al respecto, DÍAZ ALABART, S.: “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad”, *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2006, p. 2099 y ss.

ser tutores, dado que su interés se dirigirá hacia la conservación de los bienes y no a su disposición, lo que nos lleva al supuesto del artículo 244.4º CC, según el cual, “los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado, mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes, o los que le adeudaren sumas de consideración.”

E) SUPUESTO EN EL QUE EL FIDUCIARIO RECUPERA LA CAPACIDAD

Nos referimos al supuesto en el que dicha recuperación de la capacidad tiene lugar, como no podía ser menos, a través de la existencia de una sentencia judicial firme, es decir, de la misma que se determinó la declaración de incapacidad. Evidentemente, nos referimos a un momento posterior al fallecimiento del causante y posterior apertura de la sucesión, por cuanto si tuvo lugar dicha recuperación con anterioridad a dicho fallecimiento, la figura especial de sustitución fideicomisaria de protección al incapacitado pierde todo sentido. Se trata de una cuestión en la que ésta de acuerdo la doctrina.³

F) LA POSIBILIDAD DE ESTABLECIMIENTO DE UN FIDEICOMISO DE RESIDUO

Una de las cuestiones más controvertidas en esta materia, ampliamente debatida por la doctrina, reside en la posibilidad de establecer, dentro de este sistema especial de protección para la persona discapacitada, lo que se denomina un “fideicomiso de residuo”. Es decir, por ejemplo, en caso de fallecimiento del fiduciario pasarán a los fideicomisarios los bienes que quedasen, no habiendo por tanto en esta figura la obligación de conservación y administración de los bienes fideicomitados. Lo cierto es que, tratándose de un supuesto tan importante, sin embargo, no se encuentra recogido en la Ley 41/2003.

El problema reside en que la Ley 41/2003 no modificó en su momento el párrafo final del art. 783 CC, donde se recoge el fideicomiso de residuo, según el cual, “el

³ En este sentido, MARTÍN MELÉNDEZ, *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, Colección Monografías de Derecho Civil, Dykinson, Madrid, 2010, p. 77.

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”. Por tanto, no prohíbe expresamente la constitución de esta figura al referirse a la protección del fiduciario incapacitado.

Aunque exista parte de la doctrina favorable a esta figura, no creo que pueda aceptarse la misma, dado que supondría, de facto, no un gravamen sobre la legítima estricta de la herencia, sino, más bien, una desheredación de los hermanos fideicomisarios, pues ya no existiría una expectativa de derechos real. También es verdad que el testador no está obligado a utilizar la figura de la sustitución fideicomisaria ni en concreto la de residuo, ni tampoco tiene por qué derivar en un perjuicio para los propios fideicomisarios; dependerá de la actuación del tutor a la hora de disponer de los bienes fideicomitidos, el cual siempre pensará y tratará de proteger lo mejor posible al heredero fiduciario.

CONCLUSIONES

Como puede observarse, nos encontramos ante una figura de protección material y procesal del heredero con discapacidad (de momento, únicamente en virtud de sentencia judicial firme) que supone claramente una quiebra del principio de intangibilidad de la legítima, por lo que debe siempre recalcarse su carácter excepcional, lo que para algunos autores justifica que no se otorgue a cualquier persona con discapacidad, sino sólo a aquellas que, adicionalmente, se encuentren judicialmente incapacitadas (con las reticencias por otra parte de la doctrina, anteriormente indicadas). Cuestión que ya se recoge, como hemos explicado, en el Proyecto de Ley de 2020 que reformará nuestro Código Civil en este aspecto.

Con todo lo mencionado alrededor de esta figura de protección, y teniendo en cuenta las dificultades interpretativas que conlleva, habría que plantearse la necesidad de la misma e, incluso, su eliminación, del Código Civil. Dispone de una amplia parte de la herencia el testador para favorecer al hijo discapacitado, con su porción de legítima estricta y los otros dos tercios de mejora y libre disposición, como ya se ha planteado la

doctrina, como ya ha indicado un importante sector de la doctrina.⁴

Pero, de momento, y a tenor de las modificaciones dispuestas por el citado Proyecto de Ley, se mantiene la figura especial de la sustitución fideicomisaria como forma de protección del heredero con discapacidad.

Como ya se ha indicado, el cambio fundamental aparece en cuanto a que se elimina el requisito de la incapacidad declarada judicialmente, dando paso a la existencia de una situación de discapacidad, lo que plantea un problema importante de prueba, a los efectos de establecer si el heredero sobre el que se constituye la sustitución fideicomisaria realmente sufre una determinada discapacidad y, sobre todo, en qué grado, cuestión nada baladí, pues supondrá la imposición de una figura u otra de protección del Código, léase, tutela o curatela, fundamentalmente.

En conexión con lo anterior, también existe un problema en la Ley 41/2003: no limita los efectos de esta sustitución especial de protección a una figura determinada de apoyo al fiduciario, no se indica si quien protege a dicho heredero es un tutor o un curador, aspecto esencial, ya que el alcance en el apoyo en una u otra figura no es el mismo. Debería haberse aclarado, en mi opinión, que se aplica a los supuestos de apoyo basados en la intervención de un tutor y no tanto de un curador, pues se trata de una situación en que el heredero fiduciario no cuenta con la más mínima capacidad para gobernarse por sí mismo, lo que sí ocurre en el caso del curador, donde el fiduciario sí tiene, al menos, una cierta capacidad, complementada por dicho curador.

Como conclusión final, si bien la figura del gravamen de la legítima estricta con una sustitución fideicomisaria en favor del heredero fiduciario aparece configurada como una muestra más de la preocupación de nuestra legislación por la protección de las personas con discapacidad, la misma presenta actualmente una serie de interrogantes y controversias que exigen, sin lugar a dudas, la toma de una decisión: o concretar legalmente su contenido y límites de manera satisfactoria, o bien, suprimirla o crear otra menos problemática.

⁴ Por todos, ALBALADEJO GARCÍA, M., en «El gravamen con una sustitución fideicomisaria a favor de descendiente incapacitado de la legítima estricta de los demás descendientes», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 37, Madrid, 2007, p. 41.