

# XIII.- 1. C) LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA, EN EL LIBRO I Y II CDCIB , A LA LUZ DE SUS ANTECEDENTES HISTÓRICOS

**María Pilar Ferrer Vanrell**

*“En recuerdo a la añorada amiga, Dra. Luz Zaforteza de Corral, autora de una obra imprescindible en esta materia, El Fideicomiso en el Derecho Civil de Mallorca y Menorca, que fue su tesis doctoral”.*

## SUMARIO

Prólogo

I. EL CONCEPTO DE SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA A PARTIR DE SUS ANTECEDENTES HISTÓRICOS. SU EVOLUCIÓN.

2. Orígenes de la sustitución fideicomisaria en Mallorca.

3. La sustitución fideicomisaria familiar

3.1. Su funcionamiento

3.2. El elemento propio de la sustitución fideicomisaria: la condición.

II. LA CLÁUSULA *SI SINE LIBERIS DECESSERIT* EN LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

1. Su naturaleza jurídica.

1.1. La cláusula *si sine liberis decesserit* y la problemática de los hijos *positi in conditione*.

1.1.1. ¿*Filii positi in conditione* ostentan el título de fideicomisarios?.

- 1.1.2. La *regla filii in conditione positi non censentur vocati*.
- 2. Criterio de la Tradadística del Derecho Intermedio.
  - 2.1. Las conjeturas en la doctrina de los Doctores.
  - 2.2. El criterio de las conjeturas en Mallorca
    - 2.2.1. *L'acte de Corts* de 1510. Su vigencia
    - 2.2.2. ¿*l'Acte de Corts* de 1510 era aplicable en Mallorca?
    - 2.2.3. La excepcionalidad conjetural en la etapa codificadora y compiladora.
- 3. El cumplimiento de la condición. Sus efectos.

### III. DERECHOS Y DEBERES EN LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.

- 1. Derechos y deberes del fiduciario.
  - 1.1. Obligaciones del fiduciario.
  - 1.2. Derechos del fiduciario.
  - 1.3. Derechos y deberes del fideicomisario.
- 2. La *quarta* Trebeliánica.
  - 2.1. Precedente histórico de la *quarta* trebeliánica.
  - 2.2. Análisis del art. 29 CDCIB.

### IV. EL FIDEICOMISO DE RESIDUO.

- 1. Fideicomiso de residuo.
  - 1.1 Libertad dispositiva del fiduciario.
  - 1.2 Derechos y deberes del fiduciario y del fideicomisario.
- 2. La cuarta inversa.
  - Disposiciones legales: arts.25 a 37 CDCIB.

## PRÓLOGO

El tema propuesto por el Presidente, Sr. Masot, para su estudio por parte de la Comisión Académica de Derecho Privado sobre las sustituciones fideicomisarias, se nos puede antojar que la institución está en desuso y que debe pasar *ad maiorem Dei gloriam*, en frase ignaciana. A mi modesto entender creo que esta institución tiene fácil reciclaje y puede ser aprovechada para dar

solución a situaciones actuales concretas en materia de sucesiones. Debemos agradecer al Presidente que se decantara por el estudio de esta materia.

En primer lugar, ha resultado de una extraordinaria claridad la ponencia que ha presentado el Presidente sobre una materia que no lo es, y que requiere una buena dosis de estudio. Y, especialmente, suscribo la adaptación de la figura a las situaciones actuales que demandan solución, como es la de los hijos con capacidad modificada judicialmente, en el ámbito sucesorio, con la finalidad que los padres puedan dejarlos acomodados durante su existencia.

Esta propuesta de adaptación de la figura la extendería a la constitución de un fideicomiso de residuo, manteniendo la cuarta inversa, donde el fiduciario fuera el hijo con capacidad modificada judicialmente y el fideicomisario tuviera varias opciones: o bien fuera el hijo que se quiere encargar del cuidado del fiduciario; o bien pudiendo incluso disponer de la cuarta inversa, los fiduciarios fueran todos los hijos. Esta figura se podría combinar, incluso, con la definición de los hijos a los derechos legitimarios (es decir a su suplemento); esta opción permitiría no tener que hacer uso de una sustitución fideicomisaria sobre la legítima.

También agradecer el estudio comparado que nos ha ofrecido, el Académico, Sr. Jiménez que es sumamente ilustrativo.

Esta comunicación sólo pretende una pincelada sobre la institución que se practicó, principalmente en Mallorca, asentada en sus raíces históricas, que la hacen más comprensible. Como también, abogar por el mantenimiento de dos figuras; por una parte los hijos puestos en condición, que fue la de más tradición en el derecho mallorquín. Y por otra, el fideicomiso de residuo.

La razón la encontramos en que ambas figuras pueden dar respuesta a situaciones que requieren, en la actualidad, una mayor dosis de soluciones, como antes he apuntado.

a) El fideicomiso de residuo puede prestar solución al cónyuge viudo y a los hijos con capacidad modificada judicialmente (como ya he indicado), para acomodarlos a uno y a otros mientras vivan.

Para estos casos, se podría crear una figura, parecida al antiguo Consejo de Familia, a elección del fideicomitente, para asegurar la necesidad y la idoneidad de otorgar actos de disposición sobre los bienes fideicomitados. En el bien entendido que, si el fideicomitente quiere prescindir de nombrarlo será el cónyuge viudo o el tutor del hijo o nieto con capacidad modificada

judicialmente, quien determinará los actos de administración y disposición a realizar para el cumplimiento de la finalidad.

Si se nombra tal Consejo, en los supuestos de hijos o descendientes con capacidad modificada judicialmente, el tutor siempre debería formar parte.

No podemos más que reconocer que la figura del usufructo con poder de disposición también otorga, al cónyuge viudo, la misma seguridad que el fideicomiso de residuo.

b) Por otra, la figura de los hijos puestos en condición, es una solución para quienes no quieren que sus bienes pasen a otra rama. Es una forma indirecta de conservar una cierta troncalidad.

Es un mecanismo jurídico para los matrimonios que no tienen hijos y cualquiera de los cónyuges no quiere que los bienes de su familia pasen a la familia de su consorte, sino que vuelvan a ciertos parientes.

## **I. EL CONCEPTO DE SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA A PARTIR DE SUS ANTECEDENTES HISTÓRICOS. SU EVOLUCIÓN.**

La aproximación al concepto de sustitución fideicomisaria la abordaremos desde la interpretación histórica del Derecho de Mallorca, donde regía su *Derecho Estatutario* y como supletorio, el *ius commune*. No podemos acometer su estudio sin el conocimiento de la evolución de la institución en el derecho histórico para proceder a su interpretación e integración, al ser la tradición jurídica encarnada en las antiguas “leyes, jurisprudencia y doctrina” el criterio de aplicación que determina la Compilación (art.1.2). La interpretación y, especialmente, la insuficiencia normativa en la materia que nos ocupa, debe integrarse desde dentro del propio sistema jurídico antes que acudir a un mecanismo externo como es la aplicación supletoria del derecho estatal (art. 1.3 *in fine*).

Los fideicomisos tienen su origen en el Derecho romano. Para D’ORS (*Derecho...*, nº 323, p. 378) “el *fideicomisum* es un encargo que una persona, llamada fideicomitente, deja a otra, llamada fiduciario, que de algún modo va a adquirir algo a consecuencia de la muerte de aquél, para que entonces lo cumpla, dentro de los límites de su adquisición y en provecho de un tercero llamado fideicomisario”. El fideicomiso no sigue el sistema estricto de los *legata*, sino mucho más libre por tratarse de un encargo con fundamento en la *fides*. Legado y fideicomiso, en el transcurrir del tiempo, se funden;

es a partir de Justiniano, con el objetivo de que prevalezca la voluntad del testador, que se entiende que los legados se han igualado a los fideicomisos, *per omnia ex aequata sont legata fideicommissis*.

En el Derecho Romano se distinguió la *hereditas* del fideicomiso, porque el heredero no perdía su condición, entendiendo que el fideicomisario actuaba *hereditas loco*, como un *quasi heres*. En esta sustitución se fundamentaron los postglosadores para construir la sustitución fideicomisaria que “el heredero entra en la herencia de un modo efectivo y verdadero, permaneciendo en el goce de ella durante un cierto tiempo o hasta que se cumpla una determinada condición, debiendo después restituirla al substituto” (ver la evolución en IGLESIAS, *En torno a...*, pp.12 y ss).

El fideicomiso puede supeditarse por el fideicomitente “a la no adquisición por parte de otro fideicomisario (sustitución vulgar), sino a la muerte de otro adquirente, incluso haciendo llamamientos sucesivos, todos ellos supeditados por una condición o un término, generalmente el *dies* de la muerte del adquirente anterior (sustitución fideicomisaria)” (D’ORS, *Derecho...*, nº 326, p. 380); este tipo de fideicomiso es el punto de partida del *fideicommissum familiae relictum*, que se generalizó a partir de la Edad Media, porque en este momento se entrelazan las influencias feudales y germánicas, propias del *ius commune*. El fideicomiso condicional queda impregnado de un importante carácter familiar que califica esta sustitución fideicomisaria, que es distinta a la sustitución romana, que se refiere a la sustitución directa nombrando un substituto para el caso que el primero no llegue a adquirir la herencia. El testador vincula los bienes hereditarios (en todo o en parte) a un *ordo successivus* de restitución dentro de la familia.

La característica de la sustitución fideicomisaria se encontraba en la *restitutio* al atribuir al fideicomisario la condición de *heres*. Esto supone que el fideicomisario no sustituye al heredero (que es propio de la sustitución vulgar), sino que entra después del heredero, en su misma posición.

Esta sustitución si es pura, es inmediata; si se condiciona, entra el *ordo successivus* de substituto que entra después del instituido en la herencia. La sustitución fideicomisaria más importante se basa en el *fideicommissum familiae relictum*, que fue objeto de tratamiento específico por la Tradística del *ius commune*; y una de las cláusulas condicionales más frecuentes, es la sometida a *si si sine liberis decesserit*.

En la sustitución fideicomisaria el causante pretende una sucesión sucesiva, esto la distingue del supuesto en que el testador establece una

sustitución vulgar, donde el sustituto de segundo o ulterior grado entrará en la herencia para el caso de no llegar a ser heredero el que ha sido nombrado preferentemente por el testador.

## 2. Orígenes de la sustitución fideicomisaria en Mallorca.

El sistema sucesorio, en Baleares, desde la recepción del *ius commune*, se organiza según los principios de la *successio* romana, con la excepción de alguna institución propia de nuestro *Derecho Estatutario o Municipal*, como la *diffinitio*, o el *pactum de succedendo* practicado por medio de la “donación universal de bienes presentes y futuros” (véase mi comentario en los temas 26 y 37 de esta obra); estas instituciones eran claramente contrarias al Derecho Romano, aunque se practicaron en nuestro territorio al estar legitimadas por *iura propria*.

Es así que las sustituciones fideicomisarias en Mallorca tuvieron su anclaje en los principios romanos del *fideicommissum familiae relictum*, como ocurrió en Cataluña (donde, en opinión de IGLESIAS, la sustitución fideicomisaria “en el curso de los tiempos haya sido llevado a una peculiar formulación” *En torno...*, p. 33).

La finalidad de la sustitución fideicomisaria familiar era el mantenimiento de los bienes en la familia, para sostener, lo que vino en llamarse por la Tradadística del Derecho Intermedio, “el lustre y prestigio de la casa” (que repite RIPOLL Y PALOU, *Memoria...*).

En materia de sustituciones, en el Tratado manuscrito *De Arte Notariae Tractatus*, 1714 de Antonio MOLL (ZAFOTEZA, MUT Y OLIVER, *Tratados...*, p.762), en la parte dedicada al “Tratado de las últimas voluntades según el estilo de notaria”, la cuestión primera “*De la substitución*”, dice: “la substitución es, así pues, segunda institución condicional. Se dice substitución porque se pone bajo institución, pues la institución es de primer grado y la substitución, por más que sea centésima, siempre se dice de segundo grado. Se dice “condicional”, porque cumplida la condición es lo mismo que la institución” (cap.1º); sigue explicando (en el cap 2º) que la substitución es de dos clases, la directa y la oblicua (precaria o fideicomisaria) “la oblicua es aquella por la que alguien toma la herencia no por si mismo, sino mediante otro, como <a Tal instituyo mi heredero y cuando quiera que muriera sin hijos varones legítimos y naturales, instituyo y hago mi heredero a Tal> (...). El efecto de esta substitución es que admite al substituto en todos los bienes del testador, detraída la quarta, y si es hijo, también la legítima (...). Esta clase de substitución expira y se desvanece adviniendo la condición puesta

por el testador, por ejemplo si, por una parte falleciera con hijos el primer instituido, o por otra, si el substituto premuere al instituido, o si el testamento falla y no vale (...).”.

La distinción de conceptos, a la que antes hemos hecho referencia, entre fideicomisos y las sustituciones fideicomisarias, se define en el Código 190 *De Notaria* de 1719, que se conserva en el Archivo del Reino de Mallorca, en sus folios 4v. y 5r que los distingue en estos términos: “que cosa es la substitución fideicomisaria? es una total o parcial restitución de los bienes del testador, que el fiduciario debe hacer precisamente al fideicomisario. Que cosa es fideicomiso?. Es un derecho de suceder en los bienes dexados con la condición de que se conserven íntegros en la familia, para que los lleve y posea el que nombra el testador”.

La distinción radica en que el fideicomiso persigue la conservación de todos los bienes dentro de la familia; mientras que la substitución fideicomisaria tiene como finalidad la transmisión de los bienes del heredero fiduciario al substituto; en realidad la auténtica distinción hay que hallarla en la voluntad del testador, ya que si el testador dispone de sus bienes mediante la incorporación de una cláusula de substitución fideicomisaria “lo que suelen querer los testadores es...:beneficiar *en todo caso e irrevocablemente* al instituido con el goce de la herencia, pero no atribuirle la propiedad definitiva de la herencia *sino en el caso de morir con hijos*”, (GONZÁLEZ PALOMINO, *Enajenación...*, p.916).

La verdadera distinción estaba en que el fideicomiso “supone vinculo, normalmente perpetuo, la substitución fideicomisaria no” (en opinión de ZAFORTEZA DE CORRAL *El Fideicomiso...*, p.38, esta afirmación que hace la autora va referida a la situación anterior a la prohibición por el Cc. de perpetuidad).

La substitución fideicomisaria que se practicó en nuestro territorio “se diferenciaba radicalmente de los mayorazgos y vinculaciones castellanás”, (RIPOLL Y PALOU *Memoria...*, p.35), ya que, “con respecto á las sucesiones, punto el más capital y el más importante de nuestro Fuero, rige en toda su integridad la ley romana, y por cierto no hay ejemplo de que una sola vez se haya puesto en duda ni de que la misma ley haya dejado de respetarse en los fallos de los Tribunales. Por el contrario, el Supremo de Justicia, el primero en el orden jerárquico y á cuya jurisprudencia vienen subordinados todos los demás del Reino, tuvo ocasión de proclamar esta verdad, en la fecha reciente de 12 de Octubre de 1868, repitiéndola, aunque en forma incidental, en su decisión posterior de 12 de Noviembre de 1872; y siendo esto así, no sería posible que la misma ley fuese modificada sin honda perturbación

y sin producir lamentable desastre en nuestra vida civil”, justificaba, así, el redactor de la *Memoria* de las instituciones que se debían conservar, la distinción de las sustituciones fideicomisarias practicadas en Mallorca, de las castellanas.

El término “sustitución” no es suficiente para determinar su significado; es importante saber a qué tipo de sustitución nos referimos para aplicar su regulación; y esta sustitución a la que hacemos referencia es la fideicomisaria en la que el sustituto, que es heredero fideicomisario, es llamado para cuando otra persona, que es heredero (fiduciario) antes que él, deba hacer tránsito, de los bienes que ha recibido del fideicomitente en fideicomiso, porque se ha cumplido la condición,

Desde la época codificadora donde, en la propuesta de Apéndice al Código General que redacta RIPOLL, en la *Memoria de las instituciones que se debían conservar*, hace una leve alusión a los fideicomisos en el art. 5, después de regular en los arts. 3 y 4 la materia de los hijos puestos en condición, que tan generalmente fue practicada en Mallorca; los términos de la propuesta del citado art. 5 fueron, “el sucesor fideicomiso, ó el que lo sea á una sustitución de la misma clase, no puede entrar en la posesión del fideicomiso ó de la sustitución, sin haber procedido...”. En los Proyectos de Apéndice posteriores ya no se vuelven a mencionar los fideicomisos, sino simplemente la sustitución fideicomisaria. Así en el Proyecto de Apéndice de 23 de febrero de 1903, la Sección 2ª del Título III, titula “De las sustituciones fideicomisarias”; en la Sección 1ª hay una referencia en el art. 15, también a las sustituciones fideicomisarias, donde se enumeran los negocios jurídicos en los que pueden ordenarse (“en testamento o codicilo indistintamente”). En el Proyecto de Apéndice de 21 de junio de 1921 (informado por el Colegio de Abogados de Palma), en la sección 2ª del Título III, titula (también) “De las sustituciones fideicomisarias”; en la Sección 1ª, el art. 14 se redacta en los mismos términos que el anteriormente citado art. 15. El Proyecto de Apéndice de 1949, titula la Sección 2ª del Título Tercero “De las Sustituciones Fideicomisarias”; el art. 16, de la Sección 1ª es el equivalente a los anteriores 15 y 14 citados, aunque el art. 24 amplía los negocios jurídicos donde se puede ordenar la sustitución fideicomisaria. En el Proyecto de trabajo por la sección especial de la Comisión General de codificación el art. 39 (Sección Tercera del Capítulo III del Título Tercero), ya introduce el calificativo de “familiar” a las sustituciones fideicomisarias (“en las sustituciones fideicomisarias familiares...”). Estos términos pasan al art.24 del Proyecto elevado por el Ministro de Justicia al Consejo de Ministros el 12 de agosto de 1960.

Antes de la publicación de la Compilación de 1961, PASCUAL GONZÁLEZ definió la sustitución fideicomisaria como “una institución de heredero con prohibición de disponer de la herencia que ha de ser sustituida o entregada a otra persona. Puede disponerse pura o condicionalmente” (*Derecho Civil...*, p. 245).

La originaria Compilación de 1961 en su art.25 utiliza los mismos términos que el art. 24 de su Proyecto “en las sustituciones fideicomisarias familiares...”; en estos artículos, se hace referencia a dos clases de sustituciones, las familiares, y las no familiares, dando un tratamiento distinto respecto de las sustituciones, ya que en la familiar permite llamamientos hasta la segunda generación, sin limitación de número, en tanto que las no familiares sólo permite dos llamamientos.

El origen documentado de la sustitución fideicomisaria, en el Reino de Mallorca, de las que se tiene noticia (no se conserva, en los Archivos de Mallorca, ninguna anterior al siglo XV), son del siglo XV, ya que parece que la primera es de 31 de diciembre de 1414 (ÁCV 2799), (consultar P. de MONTANER y A. MOREY, en *Notas...*, pp 71 a 86; y ZAFORTEZA DE CORRAL, *El Fideicomiso...*, cit., p.46).

De los protocolos notariales conservados en el Archivo del Reino de Mallorca, y las Alegaciones Jurídicas, hasta nuestros días se podría distinguir dos etapas (siguiendo a ZAFORTEZA DE CORRAL, *El Fideicomiso...*, cit. p. 46): 1) La primera comprendida entre el siglo XV hasta el siglo XVIII; 2) la segunda desde el siglo XVIII hasta nuestros días.

En la primera etapa, el tipo predominante es el de la sustitución fideicomisaria con cláusula *cum liberis* y sólo en su defecto *si sine liberis*; en esta etapa las sustituciones fideicomisarias se caracterizan por ser perpetuas aunque, en aplicación del Derecho Romano, vigente en Mallorca como derecho supletorio, la Novela 159, cap.2 y 3 de Justiniano limitó las substituciones hasta el cuarto grado; aunque, hasta la ley de 11 de octubre de 1820 (que suprimió las vinculaciones, art.1) coexistieron ambas, las perpetuas y las temporales, pasando la limitación de la Novela 159 al art.20 del Proyecto de Apéndice de 1903; al art.21 del Proyecto de 1921, y al art.23 del Proyecto de 1949. Estas sustituciones conllevaban la prohibición absoluta de enajenar y no poder realizar ninguna detracción de la herencia, ni las legales. En la segunda etapa, con gran influencia de la política desamortizadora del siglo XIX, las sustituciones fideicomisarias que se practican son las que incluían la cláusula *si sine liberis*, que tienen como característica importante la de ser menos vinculantes.

### 3. La sustitución fideicomisaria familiar.

La vigente Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears, fruto de la reforma por DL 79/1990, en el Libro I, para Mallorca y por la remisión del art. 65 del Libro Segundo, también aplicable a Menorca, dedica dentro del capítulo III “De la sucesión testada” (del Título II “De las Sucesiones”), la Sección 2ª a la Sustitución fideicomisaria. Esta Sección comienza con el art. 25, que no define la sustitución fideicomisaria, y mantiene los mismos términos que el art. 25 de la originaria de 1961. COLL CARRERAS (*Comentarios al CC y...*,p.564), al comentar el vigente art. 27 CDCIB a la luz de sus precedentes romanos plasmados en los Proyectos de Apéndice, argumenta que el fideicomiso condicional “ha dado carta de naturaleza a la sustitución fideicomisaria, porque la “expresión fideicomiso” ha sido beligerante en el Derecho balear y catalán, y no en el Código civil; así “el fideicomisario que muera ‘antes de que la condición se cumpla’ no transmite derecho alguno a sus sucesores, se está tratando de la sustitución fideicomisaria, es decir del fideicomiso condicional, entendido (...) que el fallecimiento del fiduciario constituye la condición suspensiva en función de cuyo cumplimiento podrá operarse la adquisición del patrimonio fideicomitado por el fideicomisario”.

Precisamente el Código civil distingue la posición del fideicomisario en función de si la sustitución fideicomisaria es condicional o pura; el Código Civil para la sustitución fideicomisaria pura, su art. 784 determina que “el fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario” por lo que “pasará a sus herederos”. Se contrapone a la regulación balear (art.27 CDCIB) por su carácter de condicional, que exige para la adquisición de los bienes fideicomitados que sobreviva al fiduciario (en línea con el art. 759 Cc, para el fideicomisario condicional), y sólo tiene una expectativa en tanto la condición no se cumpla; queda a salvo cuando el testador hubiese dispuesto, para este caso, una sustitución vulgar (art. 27 CDCIB “pero el testador puede, para tal supuesto, ordenar una sustitución vulgar en fideicomiso, en cuyo caso ocuparán los designados el lugar que hubiere correspondido al fideicomisario sustituido”).

En definitiva, no trataremos del fideicomiso, como mero ejecutor de la voluntad del testador consistente en entregar los bienes al fideicomisario por medio del fiduciario, cuyo contenido se limita a realizar el encargo del fideicomitente, basado en la fiducia. En Baleares se practicó la sustitución fideicomisaria, que es un fideicomiso condicionado a la muerte del fiduciario, en la que éste tiene la condición de heredero. Cumplida la condición, la muerte del fiduciario, el fideicomisario adquirirá los bienes fideicomitados. Por el contrario en Cataluña, la Compilación de 1960 reguló el fideicomiso

puro y la sustitución fideicomisaria (arts. 162 y ss. ); el Código de Sucesiones de Cataluña, aprobado por Ley 40/1991, de 30 de diciembre, suprimió de su regulación el fideicomiso puro, en la EM del citado CS lo justifica diciendo “a) se suprime la figura del fideicomiso puro, con lo cual se consigue una notable simplificación de la institución”; mantiene la regulación de la sustitución fideicomisaria, con modificaciones, y se justifica el mantenimiento de esta institución “por razón de su importancia histórica y del gran número de fideicomisos aún vigentes, y porque sin ella quedaban faltos de cobertura legal los fideicomisos de residuo y las sustituciones preventivas de residuo, aún hoy frecuentes”.

Clases de sustitución fideicomisaria. El art. 25 CDCIB divide la sustitución fideicomisaria en dos clases: 1) La familiar y 2) la no familiar (art.25).

En Mallorca la sustitución fideicomisaria que se practicó, de forma generalizada, fue la familiar y dentro de ella la condicionada por la cláusula *si sine liberis decesserit*. Es la que se ha mantenido en el art. 28, haciendo referencia a la condición de morir sin hijos para que despliegue sus efectos la sustitución; a la vez que interpreta la cláusula de estos llamados hijos puestos en condición.

La sustitución fideicomisaria familiar ha tenido, históricamente, tres formas de presentarse:

1) La sustitución fideicomisaria *cum liberis decesserit*; por la que el testador establece una cláusula determinando una sustitución para el supuesto que el heredero fallezca con hijos. Este tipo de sustitución pretendía una fuerte vinculación de los bienes dentro de la familia, generalmente regía el principio de primogenitura y masculinidad, quedando establecida con todo un *ordo successivus*. El testador vinculaba los bienes relictos a la familia con un orden de restitución sucesivo.

2) La sustitución fideicomisaria con la cláusula *si sine liberis decesserit*, en la que el testador nombra sustituto para el caso que el heredero fallezca sin hijos. La finalidad era evitar que los bienes salieran de la familia. A diferencia de la sustitución *cum liberis*, el testador, en este caso, no pretendía una fuerte vinculación. Esta cláusula es la que se ha mantenido en la Compilación.

3) La sustitución fideicomisaria como combinación de las dos anteriores, es un tipo de sustitución que, en opinión de ZAFORTEZA DE CORRAL no era frecuente, y que “se encuentra en un supuesto en Digesto 36.1.62.pr (Scaev.4 resp.)” (*El fideicomiso...*, p. 46).

Al ser la sustitución fideicomisaria familiar la de más arraigo en Mallorca y especialmente la dispuesta con cláusula *si sine liberis decesserit*, le dedicaremos, más adelante, buena parte de este estudio al art. 28 CDCIB.

### **3.1. Su funcionamiento.**

El art. 25 dispone que las sustituciones fideicomisarias familiares sólo “tendrán eficacia los llamamientos sucesivos de fideicomisarios a favor de personas que no pasen de la segunda generación”; en tanto que las “que no sean familiares sólo podrán hacerse dos llamamientos”; permitiendo un número ilimitado de llamamientos cuando se hagan “a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador”. Este artículo sigue la redacción de la originaria Compilación de 1961, que aclaró la controversia entre grado y llamamiento o grado y generación (ver COLL CARRERAS, *Comentarios...*, p. 548).

La limitación del art. 25 distingue según se trate de sustitución fideicomisaria familiar o no familiar. Limita los llamamientos, a) si la sustitución fideicomisaria es familiar, el fideicomitente puede hacer tantos llamamientos sucesivos a parientes, como estime oportuno, mientras no pase de la segunda generación, esto es del segundo grado; (en el derecho Romano el límite era el cuarto grado, Justiniano, Novela 159). b) Si la sustitución fideicomisaria no tiene el carácter de familiar, el fideicomitente sólo podrá hacer dos llamamientos.

**1) Sujetos y capacidad exigida.** Los sujetos en la sustitución fideicomisaria son, el fideicomitente, que es quien ordena su sucesión mediante el llamamiento de unos herederos en un orden sucesivo; el heredero fiduciario, que es el primer heredero instituido, y deberá transferir los bienes al siguiente heredero, que es el fideicomisario, que siguiendo el *ordo successivus* será a la vez, si así lo ha dispuesto el fideicomitente, fiduciario respecto del siguiente llamado sucesivamente, dentro de los límites del art. 25 CDCIB.

La capacidad del fideicomitente para ordenar su sucesión mediante sustitución fideicomisaria estará en función de la capacidad que se exige en el negocio en el que se ordena, que puede ser *inter vivos* o *mortis causa*.

El fiduciario, que es el sujeto llamado como heredero en primer lugar, deberá tener la capacidad para ser heredero testamentario, contractual, o intestado (si se dispone en codicilo) del fideicomitente y la capacidad propia del negocio donde se ordena, cuando así se determine legalmente (ex art.12 CDCIB, en relación al art. 13.1 CDCIB).

El fideicomisario, o heredero sucesivo, que adquirirá los bienes del fiduciario, también necesita ostentar la capacidad propia para suceder cuando se cumpla la condición.

**2) Negocio constitutivo.** La voluntad del fideicomitente de establecer su sucesión mediante una sustitución fideicomisaria implica que debe disponerla en el negocio jurídico idóneo para ello. El art. 25 no determina los negocios jurídicos que son aptos para establecer la sustitución fideicomisaria.

En el art. 15 del Proyecto de Apéndice de 1903; en el art. 14 del Proyecto de Apéndice de 1921; y en el Proyecto de Apéndice de 1949, en su art.16, disponía que las sustituciones fideicomisarias podían ordenarse en testamento o codicilo; en el bien entendido que en el Capítulo De las Donaciones, permitían establecer sustituciones fideicomisarias mediante la donación universal de bienes presentes y futuros.

La vigente Compilación no regula, en sede de sustitución fideicomisaria, los negocios aptos para establecerla; ahora bien, distintas instituciones indican la posibilidad de ordenar la sucesión mediante sustitución fideicomisaria; así puede disponerse en testamento (art. 18.2 y 3 CDCIB y art. 21 CDCIB); en donación universal de bienes presentes y futuros (arts. 12.2 y 13.1 de CDCIB), y en codicilo (el art. 17 CDCIB dispone que en codicilo se pueden establecer las sustituciones “fideicomisarias y las preventivas de residuo”). Si se establece una sustitución fideicomisaria en codicilo sólo cabe que el disponente designe fideicomisario o fideicomisarios al heredero testamentario, o al heredero intestado (para su estudio ver comentario de VILA RIBAS, al art. 17 CDCIB del Tema 11 en esta obra); porque el propio art. 17 CDCIB prohíbe instituir heredero en codicilo. También puede establecerse, en las condiciones del art. 18 CDCIB, por el heredero distribuidor la sustitución fideicomisaria.

**3) Funcionamiento de la sustitución fideicomisaria.** El efecto que persigue la sustitución fideicomisaria, es que a la muerte del fiduciario los bienes dejados por el fideicomitente pasen al fideicomisario, con las deducciones exigidas por la ley (art. 30 CDCIB); además de poder detraer la cuarta trebeliánica (art.29 CDCIB) si ha practicado inventario, salvo que lo haya prohibido el fideicomitente; y si es legitimario, también podrá detraer su porción legitimaria. Esta sucesión tendrá la extensión que haya dispuesto el fideicomitente dentro de los límites del art. 25 CDCIB; para evitar repeticiones, se expondrá al analizar la cláusula *si sine liberis decesserit*, al ser la que se ha practicado, mayoritariamente en Mallorca, como ya hemos advertido anteriormente.

### **3.2. El elemento propio de la sustitución fideicomisaria: la condición.**

El art. 27 determina que el fideicomisario que fallezca antes de que se cumpla la condición, no transmite derecho alguno a sus herederos salvo que el fideicomitente haya ordenado una sustitución vulgar. Es el art. 26 que dice “la sustitución fideicomisaria implica siempre la vulgar”, aunque son distintas la fideicomisaria y la vulgar. La distinción queda clara si decimos que en la sustitución vulgar el llamado como sustituto lo es para el caso “*si heres non erit*”; por el contrario, la sustitución fideicomisaria se produce “*si heres erit*”.

La sustitución fideicomisaria supone un llamamiento sucesivo por el testador imponiendo una sucesión de herederos respecto de la herencia del fideicomitente, tal como éste ha dispuesto para cuando se cumpla la condición o llegue el término. Es la diferencia con la sustitución vulgar, ya que ésta se ha previsto para el caso que el llamamiento preferente se frustre.

#### **a) El ordo successivus como característica del al sustitución fideicomisaria.**

Como hemos indicado, anteriormente, la sustitución fideicomisaria que se practicó en Mallorca y que la vigente Compilación regula, es la evolución del fideicomiso condicional, cuya condición implícita es el fallecimiento del fiduciario, *certus an incertus quando*; cumpliéndose la condición suspensiva dará lugar a la adquisición por el fideicomisario de los bienes fideicomitidos.

En definitiva, lo característico de la sustitución fideicomisaria es el llamado *ordo successivus*, que implica que el fideicomisario, como llamado según el citado orden, entrará en la herencia después del instituido heredero fiduciario, al cumplirse la condición. *Pendente conditione* el fideicomisario tiene una expectativa de derecho a ser llamado a adir los bienes fideicomitidos para un momento incierto (STSJIB de 12 de marzo de 2003, FJ 3º). Por esto, si el llamado como fideicomisario premuere al fiduciario se frustra su derecho (“no transmite derecho alguno a sus herederos”, art. 27 CDCIB); este artículo 27 de la Compilación añade que, si esto se produce, “el testador puede, para tal supuesto, ordenar una sustitución vulgar en fideicomiso, en cuyo caso ocuparán los designados el lugar que hubiera correspondido al fideicomisario sustituido” (ver el comentario al art. 27 CDCIB, COLL CARRERAS, *Comentarios...*, p. 562 y ss).

#### **b) La función del sustituto vulgar en el art. 26 y 27 CDCIB.**

¿Cómo se conjuga la sustitución fideicomisaria con la vulgar?. La conjunción de los artículos 26 y 27 CDCIB deben interpretarse en el sentido

que si el fideicomitente ha previsto un sustituto vulgar al fideicomisario (art. 27, segundo inciso), para el supuesto que éste premuera al fiduciario, éste llamado expresamente por el causante como “sustituto vulgar en fideicomiso”, se colocará en lugar del fideicomisario. Esto implica que la sustitución fideicomisaria no se frustra, ya que en otro caso, el fiduciario quedaría como heredero libre, al liberarse el fideicomiso para el fiduciario por la premoriencia del fideicomisario.

Por el contrario, los términos del art. 26 CDCIB, 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 CDCIB; 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.

Esta salvaguarda legal del art. 26 de la CDCIB, impide que se frustre la preferencia de la voluntad del causante si la sustitución fideicomisaria deviene ineficaz, al evitar la apertura de la sucesión intestada por la imposibilidad de mantener la sustitución fideicomisaria dispuesta por el causante. El Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears así lo confirmó en Sentencia 1/93 de 21 de mayo, siendo Ponente D. Álvaro Blanco Álvarez, que en su FJ 3º dice “ el art. 784 C.C. que sienta la regla, justamente opuesta, de que el fideicomisario adquiere derechos sobre los bienes fideicomitidos desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario, resulta inaplicable en Mallorca (...), en las Compilaciones Catalana, Balear y Navarra se estima sometido el llamamiento del fideicomisario al hecho de que sobreviva al fiduciario y que la discrepancia con el Código Civil se produce (...), el Código no estima condicional y las Compilaciones si la sustitución dispuesta para cuando muera el fiduciario y asimismo indica que el art. 27 de la Compilación Balear pretende significar, no sólo que puesta otra condición al fideicomiso, el derecho a éste no lo adquiere el fideicomisario hasta que se cumpla sino que tampoco lo adquiere si simplemente premuera al fiduciario, pues se supone que, salvo que aparezca otra la voluntad del testador, todo fideicomiso es querido sólo para si el fideicomisario sobrevive al fiduciario”. En realidad el juego de los arts. 784 y 759 del Cc (ver los comentarios a los artículos 784 y 759 del Cc. respectivamente ALBALADEJO, y DÍAZ ALABART *Comentario*

del ..., pp. 1877 y ss, y 1940) no corresponden al art. 27 CDCIB. El art. 784 se refiere a una sustitución pura y no condicional; en tanto que el art. 759 Cc, al prever una sustitución condicional, tampoco transmite derecho alguno a sus herederos, como dispone el art. 27 CDCIB.

## **II. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA CON CLÁUSULA *SI SINE LIBERIS DECESSERIT* EN LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.**

### **1. Su naturaleza jurídica.**

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 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 discusión por la doctrina sobre la naturaleza jurídica de la cláusula *si sine liberis decesserit*, que ha sido fecunda, se ha centrado en averiguar si se admite el empleo de la sustitución ya fuera como condición suspensiva, ya fuera como condición resolutoria. Para ROCA SASTRE (magistralmente en su *Discurso de ingreso...*, p. 59) “en las sustituciones fideicomisarias condicionales la propia estructura de las mismas repele toda idea de retroacción destructora de la fase de propiedad realmente ejercida *medio tempore* por el fiduciario sobre los bienes hereditarios, (...)no cabe antológicamente ni jurídicamente una condición resolutoria que deshaga la *successio in loco ius* ni cancele la condición de heredero obtenida por un hecho pretérito (la sucesión) que si acaeció no puede dejar de haber acontecido”. VALLET DE GOYTISOLO (*Fideicomisos...*, p. 855) apoya la tesis de ROCA SASTRE, porque “no cabe otra vía jurídica posible para la institución con cláusula *si sine liberis decesserit* que la de configurarla como la disposición de una institución gravada con sustitución fideicomisaria condicional”.

En Mallorca y Menorca, la Compilación no permite el tratamiento como condición resolutoria, porque rige el principio romano *semel heres semper heres*, por esto, el art. 16 al decir “quien es heredero lo es siempre”, añade que “se tendrán por no puestos en su institución la condición resolutoria y los términos suspensivo y resolutorio”, esto conduce a admitir sólo la condición suspensiva.

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. Además, el párrafo 2º del citado art. 16, mediante una norma interpretativa que dice que “el término incierto implica condición...”, intenta salvaguardar las sustituciones fideicomisarias.

### **1.1 La cláusula *si sine liberis decesserit* y la problemática de los hijos *positi in conditione*.**

Una de las cuestiones capitales de las sustituciones fideicomisarias con cláusula *si sine liberis decesserit* fue dilucidar los efectos que ésta producía respecto de los hijos puestos en condición.

Se entendía que la regla general era que los *positus in conditione* no lo eran en sustitución. Ahora bien, a la hora de interpretar la cláusula interpuesta por el causante se utilizaron un gran número de conjeturas, por lo que la regla general pasaba a ser la excepción.

Los efectos de las cláusulas estarán determinados por la voluntad del testador, como principio general que es en toda la materia testamentaria, siendo de especial importancia el principio general que mantiene el *favor testamenti*, facilitando así el cumplimiento de aquello que dispuso el testador. El principio romano contenido en el Digesto 34,5,24 es el de la *benigna interpretatio*, formulado así, “*quum in testamento ambigue, aut etiam perperam scriptum est benigne interpretari, et secundum it, quod credibile est cogitatum, credendum est*”.

Sin embargo en materia de sustitución fideicomisaria las interpretaciones de la voluntad del testador han hecho correr ríos de tinta por los autores del Derecho Intermedio a través de las llamadas conjeturas, y, en especial, respecto de los *filii positi in conditione*.

El problema de los *positus in conditione* no está en conjeturar una disposición tácita, sino en interpretar una disposición expresa, porque desde

la ley (C.6,23,15) de Constancio del año 339 el testador, que debe expresar su voluntad, puede hacerlo en cualquier forma, por lo que lo que interesa es averiguar el verdadero sentido de lo expresado “no de lo que no expresó y quiere sobrentenderse expresado” (cuestión planteada con claridad por Juan IGLESIAS, *En torno al fideicomiso...*, p.48).

Así, en materia de sustituciones fideicomisarias con cláusula *si sine liberis decesserit*, la interpretación de la voluntad del testador por medio de las *coniecturae et praesumptiones* y la cuestión de si tales conjeturas tenían que manifestarse concluyentemente de la disposición testamentaria, o era suficiente el mero indicio para su apreciación, va a ser la materia sobre la que se articula el debate entre los Doctores del *ius commune* respecto a la posición de los “hijos puestos en condición”, que por la admisión de tal número de conjeturas se llegará a cuestionar si la regla era la contraria, esto es, *fili positi in conditione sunt vocati in dispositione*. Ahora bien, esta cuestión, en las áreas de influencia de la recepción del Derecho Romano va a tener distintos tratamientos según los territorios.

### **1.1.1. ¿*Fili positi in conditione* ostentan el título de fideicomisarios?.**

El mayor problema interpretativo de la voluntad del testador que, mediante la cláusula *si sine liberis decesserit*, ha nombrado un sustituto al heredero es el papel de los *fili positi in conditione*. La cuestión se puede apuntar en el siguiente sentido, “los hijos del heredero, de cuya existencia depende que éste pueda disponer libremente de los bienes de la herencia; y por el contrario, la falta de cuyos hijos purifique el fideicomiso a favor del fideicomisario” (BORRELL *Derecho Civil...*, pp. 130 y ss), plantea el problema de despejar la incógnita sobre si “los hijos puestos en condición” tienen derecho a pretender los bienes de la herencia a título de fideicomisarios. Es decir, si el puesto en condición es sustituto fideicomisario del instituido heredero, porque se entiende que hay un llamamiento conjetural a su favor.

La regla general se formulaba del siguiente tenor: “los hijos puestos en condición no se entienden en disposición”. El padre, respecto de sus hijos, no se considera un heredero fiduciario que debe transmitirles, cuando se cause su sucesión, los bienes de la herencia, sino que tiene la consideración de heredero libre. Los hijos se configuran como el evento de la condición, sin que tengan otros derechos en los bienes de la herencia que los sucesorios de origen legal, que tienen un fundamento distinto de los fideicomitidos.

La regla tenía sus excepciones.

### 1.1.2. La regla *filii in conditione positi non censentur vocati*.

Históricamente, se formularon dos preguntas: 1) si el padre debe considerarse como mero fiduciario de los hijos puestos en condición, por lo que a su muerte debe entregar a éstos la herencia; y 2) si la premoriencia del sustituto llamado a la herencia, dejando hijos, antes de purificarse la institución, debían ser preferidos estos hijos a los siguientes sustitutos.

Estas dos cuestiones se analizan según el criterio seguido en el Derecho de Mallorca que es el mismo seguido por las demás regiones forales, como colofón de los argumentos que expusieron los Doctores del Derecho Intermedio.

1) Criterio seguido por el derecho de Mallorca y regiones forales. Estas cuestiones expuestas se plantean, incluso, en el primer cuarto del siglo XX, tanto en Mallorca, siguiendo a Cataluña, como en otras regiones forales hasta la publicación de las Compilaciones. Se resuelven en el mismo sentido. En Cataluña, el notario SAGUER (*Cuestiones Prácticas...*, pp.119-120) contesta las dos preguntas, anteriormente formuladas, siguiendo la jurisprudencia y la anterior doctrina de los doctores, dice: “primero, el que dejase hijos no estuviese obligado a dejárselo, y segundo, que los hijos del premuerto, o sea los hijos puestos en condición, no pudiesen participar de la herencia a no ser que expresamente a ella por el testador hubiesen sido llamados”. Estas cuestiones, esencialmente la primera, las resuelve con apoyo en el Derecho Romano, como derecho que fue de aplicación supletoria en Cataluña, concretamente en el Digesto, párrafo 13, fragmento 114, título único del Libro XXX, al no existir disposición de derecho estatutario propia aplicable a esta cuestión. Fundamenta su opinión, en la que es común en Cataluña (entre otros, VIVES Y CEBRIÁ; BROCA); que explica BORRELL en estos términos, “en resum, quan un testador institueix hereu un fill seu i, perquè pugui desposar de l’herència, li posa la condició de deixar fills, però no crida aquests nets a l’herència, és que no els ha volgut cridar: no tinguem la pretensió de voler-li corregir la fórmula d’institució d’hereu; no tinguem la pretensió de creure que ell s’ha equivocat, que ha estat imprevisor...” (*Dels fills posts ...*, p. 255).

Los hijos puestos en condición tienen como finalidad que el heredero pueda disponer libremente de los bienes; la existencia de los hijos no le condiciona su poder de disposición, salvo expresa voluntad del testador. Si dispone de tales bienes a favor de sus hijos, a título de herederos o legatarios, éste título será el que fundamentará su adquisición; como también el título de legitimario. De no disponer el causante de sus bienes, será la ley, por sucesión intestada, que presumirá la voluntad del testador y tales hijos serán herederos de su padre por mandato legal. En cualquiera de estos supuestos,

los bienes adquiridos por los hijos se fundamentarán en un título sucesorio distinto al de heredero fideicomisario.

En Mallorca la resolución a la cuestión planteada fue la misma dada por los autores catalanes, antes expuesta, y de otras regiones forales. Se pregunta PASCUAL GONZÁLEZ (*Derecho civil...* p. 297-298) si los hijos puestos en condición “deben considerarse fideicomisarios de su padre? (...) ¿el padre (...) ha de tener la consideración de simple fiduciario debiendo a su óbito transmitir a ellos la herencia, o por el contrario, falleciendo con hijos se convierte en heredero libre?”. A esta cuestión, la respuesta es la misma: “en el fideicomiso catalán e igualmente en el navarro, fundado en la condición “*sine liberis*”, o sea, de tener o no tener hijos, como dice Pella y Forgas, certeramente, están como elemento esencial de una condición, y ello no implica derecho alguno a la herencia”. El fundamento legal a la situación de los hijos puestos en condición, lo encuentra, también, en el Derecho Romano, “Libro 30, Tit. Único, Ley 114 fr. 13 del Digesto”, además cita, entendemos que equivocadamente, el Decreto de las Cortes de Monzón de 1510, que dice que “este decreto es y ha sido, en todo tiempo, de aplicación muy corriente en Mallorca, y en esta región foral es de práctica consuetudinaria y desde 1511 de derecho escrito”. Apoya estos argumentos con la Jurisprudencia del TS, “que acepta esta solución en sentencias 10-XII-64; 21-IV- 1866; 5-VI-21874; 28-III\_86; 3-XII-91; 16-XII-92; 27-I-99;29-III-1901; 1-II1912; 22-XII-1933; 12\_III-48; 12-II-49”.

## 2. Criterio de la Tradadística del Derecho Intermedio.

Estas cuestiones, que llegaron vivas hasta la elaboración de las Compilaciones, eran el resultado del gran debate mantenido por la Tradadística del Derecho Intermedio como consecuencia de distintas opiniones que mantuvieron sobre algunos textos del Derecho Romano justiniano, concretamente, sobre dos fragmentos del Digesto: la *Lex Cum Avus* (que tenía su origen en un dictamen emitido por PAPINIANO, cuyo texto del Libro IX de sus Respuestas pasó al Digesto D,35,1,102) y la *Lex Lucius* D. 28,5,86 (SCAEVOLA); este debate se había iniciado en el siglo I, a partir de un texto de ULPIANO D,28,5,19 (*Libro septimo ad Sabinum*) que posicionó a los juristas ARISTON, POMPONIONO, ARRIANO Y ULPIANO en la tesis de mantener que los *positus in conditione* no tenían la cualidad de *positus in dispositione*; ésta era la opinión mayoritaria; en tanto que PEGASO mantenía la tesis contraria que era la minoritaria.

Desde la recepción del Derecho Romano hasta la etapa codificadora, esta cuestión sigue como uno de los grandes temas de debate. Es en la etapa codificadora que tendrá gran repercusión en los distintos Proyectos de

Apéndice e incluso, como se ha indicado, en la primera mitad del siglo XX ya que aún no se habían promulgado las Compilaciones de Derecho Civil propio de los territorios llamados forales; donde, en la mayor parte de ellos, como en Baleares, era generalizada la interposición en los testamentos de la cláusula *si sine liberis decesserit* .

Dedicaremos un apartado a este debate que culminará, después de toda su andadura, en el art. 28 de la CDCIB.

## 2.1. Las conjeturas en la doctrina de los Doctores.

Uno de los puntos de confusión se había manifestado en la interpretación de la *Lex Cum Avus* (D.35,1,102), al entender que actuaba como *coniectura pietatis* (según Respuesta de PAPIANO, C.VI-XLII,30), por lo que debía transferir los bienes fideicomitidos a los nietos. La *Lex Cum Avus* determina que un abuelo instituye heredero a un hijo y a un nieto descendiente de otro hijo (*nepos ex altero filio*), y se interpretaba juntamente a dos fragmentos del *Codex* de Justiniano (D, 6,12,30 y D, 6,25,6,1).

Existe una gran diferencia entre la *lex Cum Avus* y los “hijos puestos en condición”, porque “els descendents a què es refereix la llei *Cum Avus* (Fr.102. XXXV-1) són fills d’un fill del testador, al qual aquest ha instituït hereu i gravat amb un fideïcomis pur, que donaria per resultat que l’herència de l’avi hagués de passar a un dels seus fill, però, amb caràcter purament vitalici; ja que l’hereu, en morir, no podria deixar-la als seus propis fills. La llei presum, piadosament, en aquest cas, que l’avi, en diposar el fideïcomis, no va recordar-se o no va preveure l’existència dels néts, fills de l’hereu; car, altrament, no hauria manat la restitució de l’herència. En el cas dels fills posats en condició (... , además de que el hijo instituido heredero puede disponer a favor de sus hijos) ni pot presumir-se que l’avi que no ha cridat els néts, és que no hi ha pensat, tota vegada que clarament manifesta que els té presents, en posar-los en condició; i, no res menys no els crida, sinó que, conscientment, prescindeix d’ells per a cridar un altre fill o filla” (en opinió de BORRELL *Dels fill posats ...*,pág 250; parecida opinió en *Derecho civil*, p. 132, nota 2 y p.136; también ver LACRUZ BERDEJO “La cláusula “si sine liberis decesserit” en el Derecho aragonés y en el Código civil”. *Estudios de Derecho ...*,pág 643-644).

Esta cuestión queda resuelta en el sentido que los *positus in conditione* no pueden confundirse con los nietos de la *Lex Cum Avus*.

La Tradadística del Derecho Intermedio, entre los siglos XVI y XVIII, interpretó, ampliamente, la cuestión de la posición de “los hijos puestos en condición”. La disputa la plantea MENOCHIO en la Praesumptio LXXXVI, respecto del juego de las presunciones o conjeturas, expone que son tres las opiniones de los Doctores:

1) La de aquellos que sostienen que los “hijos puestos en condición” son llamados por el testamento, por lo que están obligados a restituir por la carga fideicomisaria.

2) Otra opinión negativa que entienden que no son llamados *ex testamento*, sino que suceden *ab intestato*, una vez excluidos los substitutos.

3) Una tercera que concuerda las dos anteriores que distingue: cuando el testador instituye a sus hijos u otros descendientes, en cuyo caso se entienden llamados los hijos puestos en condición y más si coincide alguna de las conjeturas de las admitidas; y cuando instituye a extraños poniendo en condición a los hijos de éstos, en tal caso no se presumen instituídos estos hijos de los extraños.

Van surgiendo conjeturas para excepcionar la regla general, *fili positi in conditione non sunt in dispositione*, (FUSARIUS enumera hasta 67 en los números 23 a 249 de la quaestio CCCCXXXVII, *Tractatus...*). La admisión de tales conjeturas van influyendo en la *opinio* que se modifica porque al ser tantas las excepciones a la regla general se llega a la admisión de la regla contraria: los *positus in conditione sunt vocati in dispositione*.

Por esto en algunos territorios, consecuencia de la admisión de las conjeturas por los Tribunales de Justicia, pretenden introducir en sus Estatutos Municipales, como de derecho propio, la regla *positus in conditione sunt vocati in dispositione*. En Italia la incorporan, entre otros, el *Statutum Romae*, también de *Brixiae*. En Francia, en el territorio correspondiente al *Droit écrit*, esta cuestión tuvo una importante relevancia, que es de nuestro interés por la influencia que tuvo en el Derecho Civil de Mallorca. Las conjeturas que se admiten son las que admitieron, también, la Tradadística mallorquina. Entre éstas hay que destacar la *duplex conditio*, llamada en el derecho francés “*la condition redoublée*”, que corresponde a la cláusula *si sine liberis aut liberi sine liberis*, porque es una presunción o conjetura que se incorporará en los Proyectos de Apéndice al Cc. de Baleares y llegará hasta la vigente Compilación (art. 28).

Después de esta etapa tan propicia a las conjeturas se produce un período, que se inicia a partir del siglo XVIII, de reacción a las mismas. FURGOLE, que era abogado ante el Parlamento de Toulouse, comentaba que en 30 años de profesión “siempre había visto a los Jueces decidir contra las conjeturas, conforme a los verdaderos principios del derecho”, pero no las elimina totalmente (*Traité des Testaments, ed. 1746*); comenta los *ârrêts* de las Cortes de París, Grenoble; Burdeos, y dice que en el *ârrêt* de 22 de agosto de 1729 se dijo « *toutes les têtes de l'hydre des conjectures s'étaient rassemblées et elles sautérent d'un seul coup* » (cit. por GARCÍA GRANERO, *Comentario...*, p. 1036). Seguían admitiéndose cuatro: 1) la condición duplicada; 2) si los hijos están en la condición bajo el nombre de varones; 3) si el testador ha impuesto la carga de llevar nombre y armas; 4) si el testador ha prohibido enajenar sus bienes.

Los Tribunales franceses, a partir de 1714, inician una reacción contra las conjeturas que se plasmó en la *Ordonnance sur les substitutions*, dada por el Rey Luís XV en 1747. A partir de la Ordenanza, sólo se entenderá que los hijos puestos en condición, lo son, también, en disposición, si se dice expresamente.

Hasta el siglo XVIII, a pesar de la regla general que los hijos puestos en condición no lo eran en disposición, a través del funcionamiento de la interpretación conjetural se llegó a la regla contraria.

## **2.2. El criterio sobre las conjeturas en Mallorca.**

En Mallorca el tratamiento de la cuestión sobre si los *positus in conditionem* son los substitutos fideicomisarios del padre fiduciario instituido por el causante con cláusula *si sine liberis decesserit*, presenta una total semejanza a la opinión mantenida en Francia, en el área correspondiente a *droit écrit*, y, naturalmente, con el sistema seguido en todo el territorio de la Corona de Aragón, incluso Navarra (por razón de extensión, no haré referencia a estos territorios que remito a los comentarios en esta obra sobre esta institución).

### **2.2.1. L'acte de Corts de 1510. Su vigencia.**

L'acte de corts, dada por Fernando el Católico (II de Aragón y de Mallorca) en las Cortes de Monzón en 1510, se entendió que rigió en Mallorca a partir de la Memoria de las Instituciones de RIPOLL Y PALOU de 1830.

En Valencia, era vigente este *Capítulo de Cortes ya que* pasó a ser el *fur* 45 (ver comentario de PASTOR *Fori Regni...*, lib. 6, rub. 4, “De testamentis”,

fur 45, fol CLJ v), por el que los *positus in conditione* no se entendían en disposición, salvo que se hubiera interpuesto la doble condición (*duplex conditio*).

En Mallorca, en opinión de RIPOLL I PALOU, *l'Acte de corts* era vigente, porque el Monarca la promulgó para todos los territorios de la Corona de Aragón. Posteriormente, PASCUAL GONZÁLEZ (*Derecho...*, p. 302) añade que este Decreto de 1510 se aplicó a Mallorca por Privilegio del Monarca Fernando V (II de Aragón y Mallorca) de 27 de marzo de 1511 “a petición de los propios mallorquines (...) el cual se ha aplicado siempre en nuestras Islas sin contradicción alguna”. La voz autorizada de ZAFORTEZA DE CORRAL (*El Fideicomiso...*, pp. 71 y ss., que constituyó su tesis doctoral) señala que el Decreto de Monzón de 1510, que se ha alegado como fundamento del art.28 CDCIB, “no sólo es citado por vez primera por RIPOLL, sino que no existe documentación alguna que acredite la asistencia de los representantes de los jurados mallorquines a dichas Cortes”; en cuanto al Privilegio de 27 de marzo de 1511, por el que se aplicaba a Mallorca dicho *Capítulo* de Monzón de 1510, que cita PASCUAL GONZÁLEZ, se refiere, efectivamente, a un *Capítulo* de las citadas Cortes pero “no tiene nada que ver con el tema de los hijos puestos en condición” (sino que extendía a Mallorca) “que los catalanes podían comerciar libremente con el norte de Africa” (de este Privilegio se puede ver la transcripción por ZAFORTEZA en “*Filii positi in conditione...*”, pp 8-9). Lo ratifica el hecho que las Decisiones de la Real Audiencia no se hacen eco de tal Decreto. Tampoco lo cita la Tradadística mallorquina, hasta RIPOLL, al que luego siguen, PASCUAL GONZÁLEZ y COLL CARRERAS y las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1889; y en especial la de 24 de octubre de 1964.

Ahora bien, GARCÍA-GRANERO y ARREGUI GIL (“Comentario...”, p. 1056) que reproduce las palabras de RIPOLL mantiene que, según éste, *l'acte de cort* de 1510 fue establecida para todos los territorios integrantes de la Corona de Aragón, y en su opinión es una “afirmación que no se ajusta a la realidad histórica, como lo demuestra el hecho de que tal precepto falta no sólo en la recopilación aragonesa de los Actos de Cortes (estos autores que se citan han comprobado la publicación de *Actos de Cortes del Reino de Aragón recopilados en el año MDLIX*, publicados por PASCUAL SAVALL Y DRONDA Y SANTIAGO PENÉN Y DEBESA, *Fueros, observancias y actos de Corte del Reino de Aragón*. Zaragoza 1866, II, pp 192-44), sino también en Cataluña, territorio de Derecho Romano. (...) No puede ofrecer duda que (...) fue establecido (...) para el Reino de Valencia, como lo acreditan (...) las palabras iniciales del *fur* 6,4,45 de la Recopilación sistemática de

los *Fori regni Valentiae* (año 1547)”. Estos autores, también citan la tesis de PASCUAL GONZÁLEZ, que siguió a RIPOLL, sobre la aplicación por Privilegio de 27 de marzo de 1511, que ha rebatido ZAFORTEZA. Hay que recordar que no existe documentación sobre la participación de los mallorquines en las citadas Cortes de Monzón; no existe ninguna referencia en *Llibre de Corts Generals, estatutos, y capitulos de Cortes, pragmáticas, privilegios y otros documentos de interés para el Reino de Mallorca de los siglos XIV a XVI*. (ARM, Códices n°10 entre otros muchos consultados y citados por ZAFORTEZA, *El fideicomiso...*, p.72, nota 131).

## 2.2.2. ¿l'Acte de Corts de 1510 era aplicable en Mallorca?

Ni la Tradadística mallorquina, ni las Sentencias de la Real Audiencia, antes de la etapa codificadora, se refieren a *l'Acte de Corts* de 1510, ni al Privilegio de 1511, para fundamentar sus afirmaciones. Este hecho, por sí solo, es indicativo del desconocimiento de tan importante Capítulo de Cortes, que nos puede confirmar que esta norma no era vigente en Mallorca, como no lo fue en Cataluña, ni en Aragón, ya que dicho Capítulo de las Cortes de Monzón de 1510 no se encuentra recogido ni en los *Actos de Cortes del Reino de Aragón recopilados en el año MDLIX*; ni en las *Constitutions y altres drets de Catalunya*; como, para Mallorca, tampoco lo recogen los recopiladores Joan CANET, Antoni MESQUIDA, y Jordi ZAFORTEZA en la *Recopilació de les Franqueses i Dret Municipal de Mallorca*. Mallorca 1622. Ni Antoni MOLL en *Ordinacions Sumari dels Privilegi,s Consuetuts, Bons Usos del Regne de Mallorca*. Mallorca 1663.

La doctrina mallorquina y las Sentencias de la Real Audiencia, respecto a la regla *filii in conditione positi non censetur vocati*, no fundamentan sus afirmaciones ni en *l'Acte de Corts* de 1510 ni en el pretendido *Privilegi* de 1511, sino en las opiniones de los Doctores del *ius commune*, opiniones que siguen el juego de las conjeturas. SERRA MAURA, excepciona el fideicomiso si el gravado moría con hijos, en estos términos, “*conditio si sine filii sive expresa sive tacita facit ut gravato morient cum filiis habeat bona libera et facit cesare gravamen*”, añade que esta afirmación es opinión de “Gratian. Cap. 536 n° 46; Peregrinus art.15 n2 28 et 29; Cancer Variar. I cap.I n° 556” (*Observaciones...*, II, n° 74 F ante I). Esto demuestra que se aplicaba la *opinio* de los doctores, a falta de norma propia.

SERRA MAURA enumera las que acepta la Real Audiencia en la Sentencia de 23 de octubre de 1648; Ref. Francisco Mir; en esta Sentencia, siguiendo la *opinio* de los Doctores del *ius commune*, excepciona la regla ante la concurrencia de determinadas conjeturas, por lo que, después de enumerarlas

dirá “ex quibus inferi (...) quando existentia filiorum gravati si decesserit absque liberis, non facit deficere fideicomissum, et etiam qd. filii positi in conditionem ex conjecturis censent vocati” (*Decissionis maioricensis super ...*, FI, nº 13, últ. pár).

También se entendía, al ser *communis opinio*, la prevalencia de la voluntad del testador a cualquier conjetura; en este sentido SERRA dirá: “praeterea comunis receptum testatorem quando aliquos in conditione ponit ad exclusiones substitutorum voluisse illis preferri substitutis, qua prelatio non potes herede locum nisi ex testamento; quando autem ab intestato succederé non potest, tunc q<sup>a</sup> intelligi debet prelatio, eo modo quo potest, dicendum est, eos succederé ex testamento; atque ita fit et conservanda voluntatis favore...verbis deficientibus iudicat fidei comissum pro liberis in conditione positis, hoc enim casu voluntas defuncti alii effectum sortiri non potes, quando ut dictum este evenit quando positi in conditione substitutos excludunt, quibus ab intestato preferri nequeunt, cuius qualitatis fuit (...)”. (*Decissionis...*, nº 13).

Esta prevalencia de la voluntad del testador, unido a las conjeturas, fue regla en Aragón porque las conjeturas van unidas a la Carta. SESSE (*Decisionum...*, déc. 242, Fol. 67 y ss citado por LACRUZ, “La cláusula...”, pp 645-650) en una de sus Decisiones, plantea un supuesto con cláusula *si sine liberis decesserit* que resolvió en Sentencia de la Real Audiencia de 10 de noviembre de 1610, que otorga a los hijos la cualidad de sustitutos, porque en Aragón, que también se defiende la interpretación conjetural que otorga el derecho, de los hijos puestos en condición, por el apotegma *Standum est chartae*, ya que se ha de interpretar las palabras que figuran en la carta, “por lo cual aquello que en alguna parte esté dispuesto de manera menos plena, puede ser reparado y suplido con ayuda de las partes restantes, para que juntas todas ellas tenga cumplimiento la integra voluntad contenida en el instrumento”.

Cada conjetura tenía su interpretación (así, SERRA MAURA, en *Observaciones ...*, T. II, F ante I, nº 86, interpreta los términos que el testador puede imponer en su testamento). Toda la problemática de la aplicación de las conjeturas como excepción a la regla general *positus in conditione non sunt positi in dispositione*, siguiendo la doctrina catalana, y que a su vez seguía, como la mallorquina, la *opinio* de la Tradadística del Derecho Intermedio, llenaba de inseguridad las Decisiones de los Tribunales y eran una fuente de controversias; esta situación se fue cerrando en la posterior etapa precodificadora y precompiladora.

### **2.2.3. La excepcionalidad conjetural en la etapa codificadora y compiladora.**

En la etapa precodificadora así como en la codificadora y la compiladora, va a seguir un proceso de “destierro” de las conjeturas por la inseguridad jurídica que comportaban; incluso, en algunas legislaciones de *iura propria* no se regulará la cláusula *si sine liberis decesserit*.

#### **1) Las conjeturas en el Derecho de Castilla. El Código civil.**

El Código civil relegará definitivamente las conjeturas y su art. 785.1º dispondrá: “las sustituciones fideicomisarias que no se hagan de una manera expresa, ya dándoles este nombre, ya imponiendo al sustituto la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero”. En este sentido se pronunció el TS en S. de 19 de febrero de 1898 y la Dirección General de los Registros y del Notariado, cuyo parecer, en Resolución de 17 de julio de 1925, fue “según el citado artículo 783, para que sean válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria, deberán ser expresos, términos que pueden contraponerse a conjeturables, y con el mismo criterio restrictivo decreta el artículo 785 la ineficacia de 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 a un segundo heredero...”.

Este rechazo a las conjeturas no implica que no se mantengan aquellas que derivan de la voluntad del testador, porque una cosa es la presunción de la voluntad no manifestada del testador que se obtiene por el juego de las conjeturas y otra distinta es la plasmada en el testamento, que ya no puede calificarse de conjetura sino de voluntad expresada, aunque el contenido de tal voluntad coincida con alguna de las conjeturas que, históricamente, se aceptaron.

#### **2) Las conjeturas en el Derecho de Mallorca, en la etapa codificadora y compiladora. La duplex conditio.**

Después de la etapa de la pervivencia de las conjeturas, en los derechos civiles de los territorios llamados forales, la situación aunque no fue de rechazo absoluto, se podría denominar de excepcionalidad conjetural.

Valencia perdió sus *furs* a raíz de la Nueva Planta impuesta por Felipe V. En los demás territorios forales que habían mantenido sus derechos con la Nueva Planta, a los efectos prevenidos en el artículo 4º del Real Decreto de 2 de febrero de 1880, se redactaron las *Memorias* de las Instituciones

que cada territorio foral quería mantener a la publicación del Código civil. Estas *Memorias* iban acompañadas de un Proyecto de texto articulado, donde se regulaban aquellas Instituciones que se proponían conservar y se redactaron en la forma que se practicaban. Es necesario analizar la propuesta de regulación en la *Memoria*, como en los posteriores Apéndices al Código Civil, porque son un fiel reflejo del Derecho vivo, no sólo del Derecho que se practicaba en aquel momento sino de la opinión de los juristas sobre la importancia de aquellas instituciones .

En esta etapa codificadora, el texto articulado que acompaña la *Memoria de las Instituciones que se debían conservar*, en Mallorca, redactada por D. Pedro RIPOLL en 1880, incluye los artículos 3 y 4 reguladores de los hijos puestos en condición. Su redacción es reflejo del derecho que se practicaba y de la excepcionalidad de las conjeturas.

Art.3. “Los hijos puestos en el testamento bajo una simple condición, diciendo “si mi heredero fallece sin hijos, mi herencia pasa á otra persona”, no se entienden sustitutos del mismo heredero llamados por el testador, pudiendo aquél, en caso de tenerlos, disponer libremente de la herencia”.

Art.4. “Los hijos puestos en el testamento bajo la doble condición, expresando “si mi heredero fallece sin hijos, y sus hijos sin hijos, en tal caso pase la herencia á otro”, se reputan sustitutos del heredero, llamados con este carácter, y deben entrar en su caso al disfrute de la misma herencia”.

La conjetura de la doble condición se incorpora al texto articulado, siendo ésta la única excepción conjetural a la regla general que se mantiene y se formula como norma legal.

Tenemos que recordar que “*la condition redoublée*”, que corresponde a la cláusula *si sine liberis aut liberi sine liberis*, la introdujo DUMOULIN en el siglo XVII en el Derecho francés, como condición duplicada en estos términos: “*si mon héritier décède sans enfants et ses enfants sans enfants*”.

La doble condición también se incorpora a los Proyectos de Apéndice de 1920, refundiendo en su artículo 18 los artículos 3 y 4 del texto articulado de la *Memoria*. La misma redacción dada al artículo 18 pasó al artículo 20 del Proyecto de 1949. Finalmente, el art. 28 de la Compilación (CDCEB) de 1961, quedó redactado en los siguientes términos: “Los hijos puestos en condición no se entenderán llamados a la herencia si no lo son de un 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”. Redacción que se conservó en la reforma de la Compilación de 1990.

El vigente art. 28, que reproduce el texto de la CDCEB, añadió un segundo párrafo interpretativo del término “hijo”, siguiendo el criterio de igualdad constitucional, considerando, a los efectos de este artículo, “...hijos tanto los matrimoniales como los no matrimoniales y los adoptivos, a no ser que el testador, de modo expreso, establezca limitaciones al respecto”. La excepción final que regula el artículo 28.2 CDCIB permite al causante establecer la condición con la limitación a los hijos que estime conveniente, sin que suponga tal excepción vulneración al principio de igualdad constitucional.

En definitiva, pasada la época de las conjeturas, se inició un tiempo de excepcionalidad conjetural que quedó plasmado en los distintos Proyectos de Apéndice y en la Compilación.

La regla general es que *filii positi in conditione non sunt vocati*, ni hay conjeturas que excepcionen tal regla general, salvo que el testador lo disponga llamándolos expresamente a la sucesión. La única excepción a la regla general que se mantiene en los Proyectos de Apéndice y en la vigente Compilación, es la *duplex conditio*, como residuo subsistente de las antiguas conjeturas.

### **3. El cumplimiento de la condición. Sus efectos.**

El fideicomiso se purifica si el fiduciario fallece sin hijos, o bien, sus hijos sin hijos si la condición ha sido redoblada (la *duplex conditio*). Los bienes fideicomitidos pasan al heredero fideicomisario, llamado por el fideicomitente para el caso que el fiduciario no deje hijos. Termina el estado de pendencia y la sustitución fideicomisaria desplegará todos los efectos, según voluntad del testador o causante. El fiduciario tendrá derecho a detraer la cuarta trebeliánica cumpliendo las condiciones del art. 29 CDCIB, compatible con la detracción de la legítima, si el fiduciario es legitimario. Lo que no cabe es detraer la cuarta trebeliánica junto con la cuarta falcidia, ya que tendrá que optar por una de las dos.

Si la condición no se cumple, porque el fiduciario fallece dejando hijos, el fiduciario es heredero libre, salvo que sea condición duplicada; en este caso, el fiduciario será fiduciario hasta la muerte y sus hijos sustitutos del padre hasta que la condición de no tener hijos se cumpla o no. Si tiene hijos, será heredero libre y los hijos (interpuestos como *duplex conditio*) no serán herederos fideicomisarios. Si los hijos no tienen hijos, según la voluntad del fideicomitente, será heredero fideicomisario el nombrado por el causante fideicomitente, a quien tendrán que entregar los bienes.

### **III. DERECHOS Y DEBERES EN LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.**

#### **1. Derechos y deberes del fiduciario**

La posición del fiduciario es importante, porque con la aceptación de la herencia fideicomitida es el heredero. Un heredero que, como todo heredero, responde de las deudas y obligaciones de su causante-fideicomitente; y que tiene que entregar los bienes fideicomitados al fideicomisario, cuando se cumpla la condición, por lo que se le imponen unas obligaciones con el fin de no defraudar la expectativa del fideicomisario. Con esta finalidad se le exige al fiduciario unas determinadas garantías, como consecuencia del derecho de uso y disfrute que le otorga el párrafo primero del art. 30 CDCIB.

El fiduciario puede repudiar la herencia fideicomitida o bien aceptarla, ya sea pura y simple o a beneficio de inventario.

#### **1.1. Obligaciones del fiduciario.**

Las garantías que debe prestar el fiduciario con el fin de entregar, al segundo llamado, los bienes que disfrutará, son las de formar inventario y prestar caución para asegurar la posterior restitución.

1º. Formar inventario: El art. 30,2 y 3 CDCIB prescribe la obligación de formar inventario de acuerdo con las reglas enumeradas en el art. 29 CDCIB. Estos párrafos 2 y 3 del art. 30 son de nueva creación de la reforma de 1990. La Compilación de 1961 no exigía la formalización de inventario, salvo para distraer la Cuarta Falcidia, como exige el vigente art. 29, tercer párrafo a).

La norma dispensa a unos fiduciarios de formar inventario. El cuarto párrafo del art. 30 CDCIB releva de la obligación de formar inventario, los que el propio testador dispensa; y “los hijos y descendientes del fideicomisario que resulten recíprocamente sustituidos”.

2º Prestar caución. El art. 30,2 CDCIB añade que, además de hacer inventario, debe prestar garantía con la finalidad de restituir los bienes fideicomitados. El párrafo tercero del citado art. 30 interpreta los términos “garantizar la restitución de los bienes fideicomitados”; entiende que “serán válidas, previo acuerdo de los interesados o, en su defecto por decisión judicial, cualesquiera admisibles en Derecho”; añade que si la caución es sobre bienes inmuebles será suficiente la “inscripción de la titularidad del fiduciario en el Registro de la Propiedad”.

3° Responsabilidad por deudas y obligaciones del causante. El art. 31 CDCIB da el tratamiento de heredero al fiduciario, que lo es, por lo que desde que acepta la herencia es responsable de las deudas de la herencia, al subrogarse en la posición del fideicomitente. Esta cuestión fue muy debatida por la *Tratadística del Derecho Intermedio* (ver ZAFORTEZA, *El Fideicomiso...*, pp. 92 y ss. PASCUAL GONZÁLEZ, *Derecho...*, pp. 249 y ss) por la especial situación del fiduciario, que tiene que entregar los bienes al fideicomisario.

Para atender a esta responsabilidad, el art. 31 CDCIB le otorga dos opciones al fiduciario: 1) Que pague las deudas y obligaciones del causante “sin perjuicio a reintegrarse con cargo a la herencia” (incluso, otorgándole un derecho de retención, art. 36 CDCIB); además, el art. 33 CDCIB le permite poder “enajenar y gravar en concepto de libre, los bienes fideicomitados (...) para pagar deudas y cargas de la herencia...” apartado c) del art. 33 CDCIB. Si no resultan suficientes, responderá con sus propios bienes. 2) La otra opción que le otorga la *Compilación* (en su art. 31) es acogerse al beneficio de inventario, por lo que hasta donde alcancen los bienes de la herencia, éstos responderán de tales obligaciones.

4° Obligación de satisfacer legítimas y legados. El art. 30 CDCIB, en su apartado 1, determina expresamente entre las cargas del fiduciario, la de pagar legítimas y legados, como heredero que es, en la que se incluye su legítima, si es el caso. El art. 33, en su último párrafo, (es de nueva creación por la reforma de 1990) remite a la sección cuarta “de las legítimas”, art. 41 y ss CDCIB, en especial al art. 48 respecto al pago de la legítima.

5° Conservar los bienes fideicomitados, conforme al inventario practicado. Al rendir cuentas, mediante la liquidación de su estado posesorio, responderá de aquello que no hubiere conservado, si bien, podrá ser reintegrado de todos aquellos gastos que no correspondan a la conservación necesaria ordinaria; en cuanto a los otros le serán reintegrados o, en su caso, compensados por gastos extraordinarios, o no necesarios pagados por el fiduciario.

6° Entregar la posesión de la herencia al fideicomisario. El fiduciario o sus herederos “vendrán obligados a entregar la posesión de la herencia al fideicomisario dentro de los treinta días siguientes al requerimiento precedente...” (art. 35 CDCIB. Si no hicieren la entrega en este plazo serán considerados como meros detentadores. Tenemos que tener en cuenta que el art. 36 CDCIB no permite al fideicomisario entrar en posesión de la herencia sin que se haya practicado la previa liquidación; a la vez otorga al fiduciario y a sus herederos un derecho de retención hasta su total reintegro (STSJIB de 28 de febrero de 1991, FJ 5º; y FJ 7º STSJIB de 12 de marzo de 2003).

## 1.2. Derechos del Fiduciario.

1°. Uso y disfrute de los bienes fideicomitidos. El fiduciario es heredero de los bienes fideicomitidos, con la obligación de entregarlos, a su fallecimiento al fideicomisario. Tiene título para usar y disfrutar de todos los bienes, como propietario (art.30 CDCIB); que extiende a “sus subrogados y accesiones”. La referencia a los “subrogados” en su caso, son en referencia a los bienes que han sustituido, por subrogación real, a los existentes. Por esto el segundo párrafo del art. 30 dispone que el fiduciario está obligado a formar inventario y prestar fianza, con el fin de asegurar la entrega al fideicomisario. El uso y disfrute se ha dicho que comporta una situación parecida al usufructuario en cuanto hace suyos los frutos; sin embargo el fiduciario es propietario y entre sus facultades está el uso y disfrute, y tiene la obligación de atender los gastos necesarios de mantenimiento, que sean ordinarios (art. 32 CDCIB).

El fiduciario es un propietario que gestiona y administra sus bienes (los fideicomitidos) en calidad de tal, y que como todo propietario de bienes se extiende a sus “subrogados y accesiones”. Esto implica que debe cuidar de los bienes fideicomitidos, realizando los gastos encaminados a tal conservación. Su gestión debe estar presidida por la diligencia del buen padre de familia. Ahora bien, el problema se plantea en el *ius disponendi*, al ser un heredero que debe conservar los bienes para entregarlos a otro (el fideicomisario), cuando se cumpla la condición.

2°.Derecho a reintegrarse por gastos no ordinarios y deudas del causante. También tiene derecho a los frutos, como propietario que es, hasta el momento de la restitución de los bienes fideicomitidos, que serán a partir de este momento del fideicomisario. El art. 32 CDCIB le exime de atender con su peculio los gastos necesarios extraordinarios y los de refacción, porque son gastos que “serán satisfechos por el fiduciario con cargo a la herencia”. También se reintegrará por las deudas y obligaciones del causante pagadas con su peculio; o acogerse al beneficio de inventario.

Hay que determinar a cargo de quién se deben realizar los gastos que derivan del uso, llamados gastos de conservación ordinarios necesarios, así como los gastos útiles y los llamados de recreo. Parece evidente que aún sin decirlo la Compilación, los gastos necesarios que sean ordinarios son de cargo del fiduciario, por ser consecuencia del uso, y está obligado a conservar para posteriormente entregar. No ocurre lo mismo con los extraordinarios, que el art. 32 permite imputarlos a la herencia, junto a los de refacción. No resulta tan claro quien responde de los gastos que acomete voluntariamente el fiduciario, llamados útiles y los de puro ornato o de recreo, porque la

Compilación no lo determina. Estos gastos, entiendo que siguen el régimen general, el fiduciario podrá repercutirlos al fideicomisario en el momento de la entrega, al tratarse de gastos efectuados por un poseedor de buena fe (ver comentarios a los arts.451 a 458, y al art.453 CC, FERRER VANRELL, en *Comentarios...*, dirigidos por ALBALADEJO, vol.VI, pp. 354 a 439 y pp. 378 y ss). En cuanto a los de ornato o puro recreo, puede optar por retirarlos, siempre que no produzca deterioro, o bien el fideicomisario prefiera pagar lo gastado.

3º El derecho de disposición. Todo propietario por el hecho de serlo, salvo que exista una prohibición de disponer, puede enajenar y gravar sus bienes como estime oportuno. El heredero fiduciario tiene una situación especial porque estos bienes, que ha recibido del fideicomitente, los tiene que conservar y entregar al fideicomisario al cumplirse la condición o cuando llegue el término. Es por esta razón que el art. 33 CDCIB le permite “enajenar y gravar, en concepto de libres, los bienes fideicomitidos...”, en situaciones especiales que determina expresamente. El fiduciario podrá disponer de los bienes en los siguientes supuestos: “a) Mediante el consentimiento de los fideicomisarios. b) Para satisfacer su cuota legitimaria y 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 fideicomitidos”.

Esta cuestión fue muy debatida por la Tradadística y las Sentencias de la Real Audiencia (ver ZAFORTEZA, *El Fideicomiso...*, PP. 151 Y ss.). Los Proyectos de Apéndice al Cc, de 1903; de 1921 y de 1949, no permitían la disponibilidad de los bienes al fiduciario; la Compilación de 1961 permite la posibilidad de gravar y disponer en los casos que determina expresamente; artículo que sigue literalmente la reforma de 1990 en el antes mencionado art.33. En tales supuestos, la Compilación otorga el poder de disposición al fiduciario para disponer de los bienes en concepto de libres.

El art. 34 amplía el derecho a disponer de los bienes, “siempre que el testador no lo hubiere prohibido expresamente”, permitiéndole enajenar y gravar los bienes siempre que invierta el contravalor en otros bienes de mayor rentabilidad o utilidad, previa autorización judicial. “En el Expediente de autorización judicial serán citados los fideicomisarios o el Ministerio Fiscal, en el caso que no fueren conocidos o no comparecieron”. (Ver ZAFORTEZA, *El Fideicomiso...*, pp.172 y ss. y, COLL CARRERAS, comentario a los arts. 33 y 34, en *Comentarios...*, dirg. Por ALBALADEJO, vol XXXI, 1990, pp.624 a 644)

4°. Derecho de retención. El fiduciario o sus herederos gozan de un derecho de retención sobre los bienes fideicomitidos, al tiempo de entregar la posesión de los mismos al fideicomisario, con el fin de reintegrarse los gastos efectuados que sean reintegrables (art. 36 CDCIB), y por la cuarta trebelánica que le corresponda, en su caso.

5°. Derecho a detraer la cuarta trebelánica y la cuota legitimaria. Si el fiduciario es legitimario podrá detraer la porción legítima, que es compatible con la cuarta trebelánica. Podrá detraer la cuarta trebelánica “si el fideicomitente no lo hubiere prohibido expresamente” (art. 29 CDCIB). La cuota legitimaria puede recibirla desde el momento que se cause la sucesión del fideicomitente, sin necesidad de esperar la liquidación por la entrega de los bienes al fideicomisario. Para detraer su legítima, podrá hacer uso de lo prevenido en el art. 33,b) CDCIB.

### **1.3. Derechos y deberes del fideicomisario.**

El fideicomisario, hasta que se produzca la delación fideicomisaria no tendrá derecho alguno sobre la herencia fideicomitida (art.27 CDCIB).

1. El fideicomisario, sin embargo, tiene derecho, si es conocido, a intervenir en la formación del inventario que debe practicar el fiduciario, por lo que se le tiene que convocar con treinta días de antelación (art.29,3 b) CDCIB), aun siendo un fideicomisario en situación de pendencia (art.29,3 b) 2 CDCIB).

2. Tiene derecho, en caso que el fiduciario enajene o grave los bienes fideicomitidos, a prestar su consentimiento (art.33, a) CDCIB).

3. Es derecho del fideicomisario, recibir la posesión de la herencia fideicomitida “dentro de los treinta días siguientes al requerimiento procedente (art. 35 CDCIB).

4. Tendrá el derecho y la obligación de liquidar con el fiduciario o sus herederos. En realidad, el art. 36 CDCIB, en su primera parte, parece que presenta la liquidación como una obligación del fideicomisario, otorgando (en la segunda parte del art. 36) un derecho de retención al fiduciario sobre los bienes.

La razón la podemos hallar en la obligación del fiduciario de atender gastos y cargas de la herencia fideicomitida, aunque tal obligación puede satisfacerla mediante la enajenación de bienes de la herencia.

La liquidación es, por una parte, un sistema para que el fiduciario o sus herederos, se reintegren de lo gastado o lo debido sobre sus derechos; pero lo cierto es que la liquidación es un sistema de rendición de cuentas que hace al fiduciario o sus herederos, cuando entregan los bienes fideicomitidos al fideicomisario. El art. 36 tiene que ponerse en relación con el art. 35.

La liquidación siempre originó numerosos pleitos. En esta materia es importante el precedente histórico legal de la Real Cédula del Rey Felipe V de 31 de agosto de 1716 (para un más amplio tratamiento ver ZAFORTEZA, *El Fideicomiso...*, pp. 254-273; COLL CARRERAS, “Comentario al art. 36”, *Comentarios...*, pp. 650 y ss)

## **2. La *cuarta* Trebeliánica.**

El art. 29,2 CDCIB define la cuarta trebeliánica diciendo que “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”.

### **2.1. Precedente histórico de la *cuarta* trebeliánica.**

El origen, en el Derecho Romano, de la *cuarta* Trebeliánica, como de la *cuarta* Falcidia, se basa en articular estímulos para que el heredero acepte la herencia. La *cuarta* Falcidia, por el poco interés que puede producir, al heredero, aceptar una herencia gravada con legados, que no le resta ni la cuarta parte de los bienes; esta situación se neutraliza con la *cuarta* Falcidia. Con la Trebeliánica, el heredero fiduciario, en los fideicomisos (no en las sustituciones fideicomisarias), tampoco tenía interés en aceptar una herencia, porque su misión consistía en hacer tránsito inmediato de los bienes fideicomitidos al fideicomisario. La *cuarta* Trebeliánica incentiva la aceptación, al permitirle detraer una cuarta parte de los bienes. El origen de la llamada Trebeliánica es la conjunción del senadoconsulto Trebeliano, que dispuso que el Pretor, mediante acciones ficticias, considera al fideicomisario universal como un heredero, con lo que independizaba al fiduciario del fideicomisario, pero podía suceder que el fiduciario no aceptara la herencia; para solventar esta situación, junto al mantenimiento del senadoconsulto Trebeliano, se añadió el senadoconsulto Pegasiano (Instituta 2,23,5) que otorgaba al fiduciario un derecho frente al fideicomisario a la cuarta parte de la herencia, y quedaba obligado a aceptar forzosamente la herencia, que de no hacerlo se entendía aceptada, perdiendo el derecho a la cuarta parte (ver la problemática que representó esta combinación en, D’ORS, *Derecho...*, & 329).

Por la Trebeliánica, el heredero fiduciario tiene derecho a una cuarta parte de los bienes fideicomitidos, salvo que el testador lo prohíba. El art. 29, segundo párrafo CDCIB define la cuarta Trebeliánica diciendo que “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”, o a sus herederos.

## **2.2. Análisis del art. 29 CDCIB.**

La cuarta Trebeliánica es el derecho que se le concede al primer heredero fiduciario (salvo que el testador lo prohíba expresamente) para que, inventariados los bienes relictos que provienen del fideicomitente, pueda adquirir una parte de los mismos, salvo que el fideicomitente lo hubiere prohibido.

La cuarta Trebeliánica se obtiene, deduciendo del montante de los bienes fideicomitidos, los gastos y deudas, las legítimas, incluso la correspondiente al fiduciario, en su caso.

Para obtener la cuarta parte de los bienes, se tiene que tener en cuenta como interpreta la STSJIB de 8 de febrero de 2000, en el FJ 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 período en que éstos han permanecido en poder del fiduciario”; (también incluye las mejoras, la STSJIB de 28 de febrero de 1991, Magistrado-ponente Sr. Zaforteza).

No es posible detraer la cuarta Trebeliánica si no se forma inventario con los requisitos que la norma exige (art. 29 CDCIB).

Los requisitos son:

1º. Formar inventario de la herencia fideicomitida.

El sistema procedimental de formar inventario, según el citado artículo 29, se tiene que atender a la forma y al tiempo para realizarlo.

1) Forma de realizar inventario: El art. 29 a) CDCIB exige que el inventario se realice en documento público sea “judicial o notarial”.

2) Tiempo: Tiene que realizarse en el tiempo que determina la norma, esto es, que “esté terminado dentro de los ciento ochenta días siguientes a su delación”. El apartado a) del citado art. 29 excepciona el tiempo prescrito cuando “los bienes que la constituyan (se refiere a la herencia fideicomitada) se encuentren en municipios distintos, o que el fiduciario resida fuera de la isla, en cuyos supuestos el plazo será de un año”; también se excepciona del cumplimiento del plazo “el retraso no imputable al fiduciario”; esta excepción fue una adición de nueva creación en la reforma de la Compilación de 1990.

3) Lugar: Debe realizarse “en el lugar donde el causante hubiese tenido su último domicilio habitual”, apartado c) del art. 29 CDCIB.

2º Procedimiento para inventariar. En el plazo de 30 días antes de iniciar el trámite de inventariar los bienes fideicomitados, deben convocarse “a los fideicomisarios si fueren conocidos, y, de no serlo, al representante del Ministerio Fiscal”. El párrafo segundo del apartado b) del art. 29, realiza una interpretación auténtica de lo que se entiende por “fideicomisarios conocidos”, diciendo que son “los que en el momento de practicarse el inventario, ostenten la calidad de fideicomisarios, aunque tal titularidad esté sujeta a condición y, como consecuencia, no sea definitiva”.

3º Detracción de la cuarta trebeliánica. El fiduciario o sus herederos, practicado inventario en la forma y tiempo determinados en el art. 29 CDCIB, podrán detraer la cuarta parte del líquido obtenido de los bienes fideicomitados, practicadas las deducciones pertinentes. Esta cuarta parte es compatible con la cuota legitimaria, si el fiduciario ostenta esta condición; ahora bien, en el supuesto de concurrir los requisitos para poder detraer la cuarta Falcidia, tendrá que elegir entre una u otra cuarta, ya que no puede detraer ambas (art.40,2 CDCIB).

Si el fiduciario, que ha practicado inventario, de acuerdo con el art. 29, fallece sin haber hecho uso de la detracción de la cuarta Trebeliánica, transmite este derecho a sus herederos, ya que este derecho forma parte de su patrimonio.

## IV EL FIDEICOMISO DE RESIDUO.

### 1. Fideicomiso de residuo.

El origen en Roma del fideicomiso de residuo se ha pretendido encontrar en fragmentos pertenecientes a PAPINIANO, en su Libro Responsorum D. 31.71 y entre otros D.22.1.3.2; D.31.70.3; D. 31.72; ULPIANO, en su libro quinto

*Disputationum* D.36.1.23(22).4, D.3.25.16; SCAEVOLA en el fragmento del libro quinto de sus *Digesta*, donde trataba de *Conditione*, D.36.1.82(80).

En el fideicomiso de residuo cobra principal importancia la *fides* (*verba enim fideicommissi bonam fidem inesse constant*, dice PAPINIANO, D. 36.1.56 (54)), presente en todo fideicomiso, pero especialmente en esta modalidad. Cuestión importante, porque no se trata de defraudar las expectativas del fideicomisario, sino de otorgar un mayor poder de disposición, según fue la voluntad del causante. Por esto, aun siendo de residuo, es sustitución fideicomisaria, aunque en esta clase, el fideicomitente ha preferido favorecer al fiduciario antes que al fideicomisario. PAPINIANO, ante una eventual enajenación fraudulenta determina *si non...probetur*; con carga de probarlo para el fideicomisario. (Para el estudio histórico de la figura, entre otros, CUENA BOY, “Notas...”).

La Compilación, en su artículo 37, en su primer párrafo, define en los mismos términos que el primero del art.30 de la originaria CDCEB de 1961, la sustitución fideicomisaria de residuo, diciendo: “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”.

La institución tiene su origen en el Digesto 36,1,54 que mandaba restituir el sobrante al fideicomisario; posteriormente el Capítulo 1 de la Novela 108, permitió al fiduciario disponer de tres cuartas partes de los bienes fideicomitados, dejando una cuarta parte para el fideicomisario, salvo que tenga que disponerla para atender necesidades concretas.

El fideicomiso de residuo es una sustitución fideicomisaria que otorga una mayor facultad dispositiva sobre los bienes fideicomitados, ya que es el excedente de estos bienes que, a la muerte del fiduciario (pár. primero del art. 37 CDCIB), pasarán al fideicomisario designado por el fideicomitente.

La libertad dispositiva se concreta, o bien a las tres cuartas partes de los bienes fideicomitados, siempre que el fiduciario transmita tales bienes mediante un negocio jurídico dispositivo fundamentado en la causa onerosa (“enajenar y gravar a título oneroso” art.37,1 CDCIB); o bien aquello que quedare de los bienes (pár. 1 *in fine* y 5 del art.37 CDCIB) al tiempo de la restitución al fideicomisario. Estas dos opciones responden a las dos posibilidades permitidas de restitución de los bienes no dispuestos, a) *si de eo quod supererit* (correspondiente al pár. 1 del art.37), y *si aliquid supererit* (pár. 1 *in fine* y pár.5 del art. 37).

El límite a la facultad dispositiva del fiduciario estará en función de la voluntad del causante-fideicomitente según haya dispuesto esta sustitución, si en una cuarta parte, o bien *si aliquid supererit*.

### **1.1 Libertad dispositiva del fiduciario.**

La sustitución fideicomisaria de residuo parte de un concepto distinto respecto a la facultad dispositiva que tiene el fiduciario en toda sustitución fideicomisaria, porque el poder de disposición de los bienes fideicomitidos es la excepción, ya que los bienes van destinados al fideicomisario, una vez cumplida la condición; en tanto que en el fideicomiso de residuo lo que transmite el fiduciario al fideicomisario es el residuo, ya sea la cuarta parte de los bienes, ya sea lo que no haya dispuesto el fiduciario. Esto no lo configura como una institución distinta, ya que sigue siendo sustitución fideicomisaria; si bien el interés del disponente es preferente el fiduciario que el fideicomisario.

La libertad dispositiva del fiduciario alcanza no sólo a lo regulado para todo fiduciario en los arts. 33 y 34 CDCIB, sino a cualquier negocio de disposición *inter vivos* siempre que esté fundamentado en un título oneroso (art. 37,1 CDCIB “podrá éste enajenar y gravar a título oneroso...”). Esto implica que no podrá ejercitar la facultad dispositiva mediante negocios jurídicos con causa gratuita; ni destinar bienes *mortis causa*.

El alcance cuantitativo del poder de disposición sobre los bienes fideicomitidos es, según lo dispuesto por el fideicomitente, 1) las tres cuartas partes de lo recibido del fideicomitente, ya que a esta porción se le imputa lo que deba recibir por legítima, si es el caso, y por trebeliánica, o por cualquier otro derecho que le corresponda (pár. 2 del art. 37 CDCIB); incluso, podrá excederse de esta cantidad cuando lo necesite por causa de “indigencia o extrema necesidad” (pár.5 del art. 37 CDCIB). 2) El residuo de los bienes que no hubiere dispuesto al fallecimiento del causante, *si aliquid supererit* (pár. 1 *in fine*, art. 37 CDCIB). Su poder de disposición está regido por la *fides*, sin que pueda realizar actos defraudatorios.

### **1.2 Derechos y deberes del fiduciario y del fideicomisario.**

El fiduciario tiene la obligación propia de todo fiduciario, de formar inventario (pár. tercero del art. 37 CDCIB), con las normas establecidas para la cuarta trebeliánica (art. 29 CDCIB).

La Compilación no prescribe, expresamente, la obligación de prestar garantía; indirectamente queda garantizada la cuarta parte de los bienes al

permitir asegurar esta restitución mediante la determinación de los bienes que componen esta cuarta parte (pár. tercero del art. 37 CDCIB) permitiendo “impugnar los actos dispositivos del fiduciario”(pár. cuarto del art. 37 CDCIB) en fraude de su derecho; garantía que puede asegurar mediante la inscripción en el Registro de la Propiedad si estos bienes determinados son inmuebles (art. 30,3 CDCIB).

Los fideicomisarios para asegurar la restitución de la cuarta parte que debe reservar el fiduciario “podrán éstos pedir su determinación”. En caso de no usar esta facultad “no podrán ejercitar acción alguna para impugnar los actos dispositivos del fiduciario” (pár. cuarto del art. 37 CDCIB). Esta facultad intenta salvaguardar los derechos del fideicomisario que el fiduciario haya realizado en fraude a su derecho.

El fiduciario tiene derecho a la cuarta trebeliánica y a la porción legítima, si ostenta tal cualidad, que, se imputará al valor de los bienes que haya dispuesto (pár. segundo del art. 37 CDCIB).

## **2. La cuarta inversa.**

El fiduciario o sus herederos, tiene la obligación de restituir la cuarta parte de los bienes fideicomitidos, la llamada “cuarta inversa”, salvo que le haya relevado el fideicomitente.

El fideicomisario tiene derecho a una cuarta parte de la herencia, cuando se articula la sustitución fideicomisaria de residuo como *si de eo quod supererit* (pár. 1 del art.37). La herencia fideicomitida está formada por tres cuartas partes que el fiduciario puede disponer y una cuarta parte que debe entregar, al fallecimiento del fiduciario, al fideicomisario. Es un derecho que el fideicomitente puede eliminar (pár.primero *in fine*, del art. 37 CDCIB); o las circunstancias “indigencia o extrema necesidad” del fiduciario (pár. quinto del art. 37 CDCIB).

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.

## BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, “Comentario al art. 784”, *Comentario del Código Civil*. Tomo I, Ministerio de Justicia. Madrid 1993

BORRELL I SOLER, Antoni M<sup>a</sup>, *Dels fill posats en condició*, RJC 1935, Vol. XLI, pág 250; parecida opinión en *Derecho civil vigente en Cataluña*. Barcelona 1944, p. 132, nota 2 y p.136)

-*Derecho Civil vigente en Cataluña*, Barcelona 1944,

COLL CARRERAS, Miguel, *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*”, dirigidos por ALBALADEJO-DÍAZ ALABART, T. XXXI, Vol.1º, Edersa 2000.

CUENA BOY, F “Notas sobre el fideicomiso de residuo: sus clases, obligación de conservar del fiduciario”. SCDR, VII. 1995.

CUJACIUS *Opera omnia*, I, Nápoles 1722-1727.

DE DIEGO, F.C. *Naturaleza de las disposiciones o cláusulas de residuos*. (Discurso leído en la sesión inaugural del curso 1926-1927 de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid.

DÍAZ ALABART, Silvia, “Comentario al art. 759”, *Comentario del Código Civil*. Tomo I, Ministerio de Justicia. Madrid 1993.

D’ORS, *Derecho Privado Romano*, séptima edición , revisada. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona 1989.

FERRER VANRELL, M<sup>a</sup> Pilar, : “Comentario a los artículos 451 a 458 del Código civil”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. Dirigidos M. ALBALADEJO . Segunda Edición actualizada y puesta al día. Revista de Derecho Privado. Edersa Madrid 1993.

-“Sustituciones fideicomisarias en el derecho balear”, en Tratado de derecho de Sucesiones, Tomo I (Directora M<sup>a</sup> del Carmen Gete-Alonso y Calera. Editorial Thomson Reuters-Civitas. Pamplona 2011.

FUSARIUS *Tractatus de substitutionibus* Coloniae Allobrogum. MDCLXXV.

GARCÍA GRANERO Y ARREGUI GIL, “Comentario a la ley 230 del Fuero Nuevo de Navarra”, en *Comentarios añ CC y Compilaciones Forales*, dirig. ALBALADEJO-DÍAZ ALABART, Madrid 1998, T. XXXVII, vol.1º).

GONZÁLEZ PALOMINO, *Enajenación de bienes pseudos-usufructuados*, AAMN, Tom.V.

IGLESIAS SANTOS, Juan, “*En torno al fideicomiso familiar catalán*”. Barcelona 1952.

LACRUZ BERDEJO, (La cláusula “*si sine liberis decesserit*” en el Derecho aragonés y en el Código civil. Estudios de Derecho Civil. Barcelona 1958

MENOCHIUS, *De Praesumptionibus, Coniecturis, Signis, & Iudiciis. Comentariorum pars secunda. Non ante hac in Iudicem edita.* Venecia 1590.

MOLL, Antonio, *De Arte Notariae Tractatus*, 1714 (edición facsímil)  
ZAFORTEZA DE CORRAL, MUT CLAFELL, Y OLIVER MORAGUES, *Tratados de Notaria en el Reino de Mallorca*, edición Facsímil, Colegios Notariales de España. Gráficas Minaya, Guadalajara 1995.

MONTANER, P.de y MOREY,A en *Notas para el Estudio de la mano mayor mallorquina durante los siglos XVI y XVII*”, en *Estudis Balàrics* nº 34, 1989.

PASCUAL GONZÁLEZ, Luís, *Derecho Civil de Mallorca. Herencias y otras especialidades forales.* Mallorca 1951.

PASTOR, Francisco Juan *Fori Regni Valentiae*, 1547.

RIPOLL Y PALOU, Pedro “Memoria sobre las instituciones que se deben conserva” Se puede consultar en *Materials Precompilatoris del Dret Civil de les Illes Balears* preparados por FERRER VANRELL y MUNAR BERNAT. Coeditado por Ediciones UIB y Parlamento de las Illes balears. Palma 2002.

ROCA SASTRE, RAMÓN M<sup>a</sup> “El fideicomiso si sine liberis decesserit y el código Civil”. *Revista crítica de Derecho Inmobiliario* 1956.

SAGUER I OLIVET, Emilio, *Institución de los fideicomisos y sus efectos en Cataluña.* Gerona 1913.

- “Cuestiones prácticas de los hijos puestos en condición”, *Revista de Derecho Privado*, 1934, T. XXI.

SERRAYMAURA, Michael (*Observationes Iuridicae*, T.II, (BCC,manuscrito 556).

SERRA MAURA, M. *Decissiones majooricenses super diversos varioque tum canonica tum civiles Jurisprudentiae.* Palma Balearium, anno salutis 1719 (BCC manuscrito. Núm. 558)

SESSE *Decissionum Sacri Senatus regii Regni Aragonum*, III, Zaragoza 1627.

ZAFORTEZA DE CORRAL, Luz, *El Fideicomiso en el Derecho Civil de Mallorca y Menorca*, Palma 1992.

ZAFORTEZA DE CORRAL, Luz, “Los filii possiti in conditione en el derecho histórico de las Islas Baleares”. *Bolletí de la Societat Arqueològica Lul.liana*, 1989, n° 45.

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 (notas a dos discursos)*. ADC 1956.

## **ABREVIATURAS**

ACV: Archivo Casa Vivot

CDCEB: Compilación de Derecho Civil Especial de Baleares

CDCIB: Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears

STSJIB: Sentencia Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears.