

## Los *Filii Positi in conditione* en el derecho histórico de las Islas Baleares \*

LUZ ZAFORTEZA DE CORRAL

Una de las fórmulas fideicomisarias más utilizadas —por no decir prácticamente la única—, es la del fideicomiso *si sine liberis decesserit*, fideicomiso en el que el cumplimiento —o incumplimiento— de la condición depende de la inexistencia —o existencia— de los hijos del fiduciario a la muerte de éste. Razón por la que históricamente han venido recibiendo la denominación de *hijos puestos en condición*.

El problema que tradicionalmente se ha planteado en torno a los mismos, es el de si se entienden o no llamados al fideicomiso —o, como dice el aforismo, *si positus in conditione, positus in substitutione* o *positus in conditione non positus in substitutione*—.<sup>1</sup> Este problema tiene su máxima expresión cuando fallece uno de los llamados, dejando hijos y fideicomisarios posteriores al mismo, antes de que se sepa si la condición se ha cumplido o no para el fallecido. Caso de que ésta se cumpliera a favor del premuerto, ¿entran en su lugar sus hijos —que están puestos en condición—?

Es ésta una cuestión que desde antiguo se ha suscitado por la doctrina como un asunto de interpretación de la voluntad del testador.<sup>2</sup>

Ya en el Digesto se encuentran dos textos contradictorios, y que han sido utilizados por los respectivos partidarios de una y otra solución. Así en D. 28.5.85 (Scaev. lib. II resp.) se dice: "Lucius Titius, quid fratrem habebat, testamento ita cavit: "Titius frater meus ex asse mihi heres esto"; si mihi Titius

---

\* Este trabajo está extraído del epígrafe 2.1.3. titulado *Los filii positi in conditione* de la Primera Parte de mi Tesis Doctoral titulada *La sustitución fideicomisaria condicional en la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares*, Universitat de les Illes Balears, 1988, inédita.

<sup>1</sup> Cuestión de la que dijo Martí Miralles que: "Se trata... ..de una [cuestión] de las que bien merecerían el título de eternas, si este concepto pudiese aplicarse con propiedad a las cosas humanas y de derecho positivo; porque con dificultad podría elegirse otra que hubiese hecho emplear más tiempo a los tribunales y gastar más tinta y papel a los juristas, que la de los derechos de los hijos puestos en condición en caso de premoriencia del padre llamado por institución o sustitución fideicomisaria" ("Dictamen. Cuestiones fideicomisarias. Hijos puestos en condición".—*R. J. C.*—Barcelona 1905, pp. 676 y ss.).

<sup>2</sup> En este sentido ROCA SASTRE, R. M.<sup>a</sup>—*El Problema fideicomisario de los hijos puestos en condición*.—Barcelona 1948, p. 10 y especialmente, pp. 21 y ss.

heres esse noluerit, aut, quod abominor, prius morietur, quam meam hereditatem adierit, aut filium filiamve ex se natamve non habebit, tunc Stichus et Pamphilus, servi mei, liberi et heredes mihi aequis partibus sunt"; quaero, quum Titius hereditatem adierit, et liberos aditae hereditatis tempore non habuerit, au Stichus et Pamphilus ex substitutione liberi et heredes esse possint; item quaero, si ex substitutione neque liberi, neque heredes esse possint, an in partem hereditatis videantur adiecti. Respondit: apparet quidem, non eam mentem testatoris fuisse, ut quemquam heredem adhiberet fratri, quem aperte ex asse heredem instituisset; igitur si frater adiit, Stichus et Pamphilus heredes non erunt, quos eo amplius noluit heredes esse, si frater, priusquam hereditatem adiret, decessisset liberis relictis; nam prudens consilium testantis animadvertitur, non enim fratrem solum heredem praetulit substitutis, sed et eius liberos".<sup>3</sup>

Mientras que en D. 30.114.13 (Mar. Inst. Lib. VII): "Quum erit rogatus, si sine liberis decesserit, per fideicommissum restituere, conditio defecisse videbitur, si patri supervixerint liberi; nec quaeritur, an heredes extiterint".

En Derecho Común, puede decirse que, para la práctica mayoría de los autores, la regla general era la de *positus in conditione non positus in substitutione*, que tenía su fundamento en el citado texto D. 30.114.13. No obstante esta regla, por el juego de las conjeturas, fue objeto de numerosas excepciones. Así puede verse en Petra,<sup>4</sup> Cancer,<sup>5</sup> Fontanella,<sup>6</sup> Peregrinus,<sup>7</sup> el Cardinal de Luca,<sup>8</sup> Fusarius,<sup>9</sup> etc.

La complejidad del sistema de conjeturas, y los numerosos problemas que ocasionaba, dieron como resultado lo que pudiera llamarse dos posturas antagónicas. De una parte la Ley 40 de Toro<sup>10</sup> dispone que: "En la sucesión del mayorazgo, aunque el hijo mayor muera en vida del tenedor del mayorazgo, ó de aquel á quien pertenesce, si el tal hijo mayor dexare hijo ó nieto ó descendientes legitimos, estos tales descendientes del hijo mayor por su orden prefieran al hijo segundo del dicho tenedor, ó de aquel á quien el dicho mayorazgo pertenesca; lo qual ... mandamos ...; salvo si otra cosa estuviera dispuesta por el que primeramente constituyó y ordenó el mayorazgo, que se guarde la voluntad del que lo instituyó". Ley que fue reafirmada por Pragmática de 5 de Abril de 1615.<sup>11</sup>

De otra, la Ley Navarra de 1583<sup>12</sup> según la cual "los hijos puestos en condición solamente no se tengan puestos en disposición, ni llamados á la su-

<sup>3</sup> En el mismo sentido, citan algunos autores la llamada *Lex cum avus* D. 35. 1. 102 (Pap. lib. IX Resp.).

<sup>4</sup> *De fideicommissis*.—Placentiae MDLXXXVIII.—q. IX nn. 154, 169, 171, 176, 188, y 193 a 352.

<sup>5</sup> *Variarum Resolutionum*.—Lugduni: MDCLXX.—CAP. I, N.º 78, FOL. 16.

<sup>6</sup> *Tractatus de Pactis Nuptialibus sive Capitulis Matrimonialibus*.—Geneve: MDCLXXIV.—T. I, cl. 4, gl. 24 nn. 2 y 9.

<sup>7</sup> *De fideicommissis*.—Lugduni: MDCLXX Arts. 28, 29 y 30.

<sup>8</sup> *Theatrum veritatis et justitia sive decisive discursus*.—Coloniae Allobrogum: MDCXCVII.—T. X, Summa, nn. 91 a 105.

<sup>9</sup> *Tractatus de Substitutionibus*.—Coloniae Allobrogum: MDCLXXV.— que dedica las qq. CCCCXXXVII a CCCCXLI a los filii positi in conditione, recogiendo en la primera de ellas hasta 65 conjeturas.

<sup>10</sup> "Modo de suceder en los mayorazgos los ascendientes ó transversales del poseedor" N. R., L. 10, tit. 17, ley 5.<sup>a</sup>

<sup>11</sup> N. R. L. 10, tit. 17 ley 9 "sucesión de los mayorazgos por representación, quando el fundador clara y distintamente no dispusiera otra cosa.

cesión de bienes, aunque haya una, ó muchas conjeturas en favor, sino quando expresamente estan llamados".<sup>13</sup>

De los dos sistemas apuntados ¿cuál es el seguido en Baleares con anterioridad a la Compilación? Como se ve del examen de las decisiones de la Antigua Real Audiencia, éste no difiere mucho del recogido por los autores clásicos.

En efecto, si bien se mantiene el principio general de que "Filii in conditione positi non censetur vocati", sí se entienden llamados si "concurrentibus sequentibus Conjecturis". Se admiten las siguientes: "1.<sup>a</sup> quod filiis sint positi in Conditione sub qualitate masculinitatis.<sup>14</sup> 2.<sup>a</sup> digressus ad plures gradus substitutionum. 3.<sup>a</sup> nominis at armorum gravamen usque ad sororum filias, et in ultimo substituto.<sup>15</sup> 4.<sup>a</sup> si positus in Conditione nequit excludere substituto ab intestato succedendo Testatori, q<sup>a</sup> tunch intelligitur praelatiis substitutis ex test<sup>o</sup>, in quo positus fuit in Conditione vocatus ut, et sic praelatio locum habeat. 5.<sup>a</sup> quod filii ultimi substitui per vulgarem aut fideicommissaria sint vocati post Patrem".<sup>16</sup> Otras conjeturas admitidas son:

"Quando mater instituit filios suos et omnibus descendentibus sine liberis vocat fratrem Testatricis, et suos heredes ad suas et suorum heredum voluntatem, propter influxum vocationis extranei cum nepote Testatricis".<sup>17</sup>

"Quando Donator ita disposuit donatione videlicet de pnti. pot obitum valitura quod si Donatarius (qui erat filius Donatariis) quodcumque decesserit sine liberis masculis ex suo Corpore, et legitimo Matrimonio procreatis, et superstitibus, bona donata Riverterentur ad alium filium Donatoris eo tunch superstitem, quo casu voluit filias primi Donatorii in certa quantitate dotari, et sic conservetur ejus hereditas, quod si Sdus. filius Donatorii non esset et obierit sine liberis masculis, et legitimis voluit bona donata pervenire ad alium filium tertium, quo casu pariter voluit dotari ejus filias, et sic pariformiter inter caeteros filios disposuit quibus omnibus descendentibus sine liberis masculis, voluit, quod bona sua pervenirent ad propinquiores ex sua linea descendentes; praeterea ordinavit, quod predium de Albaros, et censualia, vendi, dividi, et separari non possint".<sup>18</sup>

"Quando facta est substitutio reciproca ultimo morienti"; "quando filii

<sup>12</sup> *Novissima Recopilación de las Leyes del Reino de Navarra*, LIII, tit. 13, ley 11.<sup>a</sup>

<sup>13</sup> Este texto —que se dispuso "por evitar las muchas dudas y variedad de opiniones que hai conforme á derecho común."— ha sido recogido y aplicado por el TS en SS de 27 de abril de 1928 y 22 de diciembre de 1933; y hay que ponerlo en relación con una Ley de Cortes de Pamplona de 1580, *Novissima Recopilación de las Leyes del Reino de Navarra*, L. III, tit. 13, ley 1.<sup>a</sup>; Ley que fue admitida por la S. de 9 de mayo de 1871.

<sup>14</sup> Sin embargo en la Decis. de 5 de junio de 1635 "filii in conditione positi sub qualitate masculinitatis cum digressione plurium gradum inter descendentes non censetur vocati". Rel. Vallonga Sba. Prats int. Ludovic Gari C. N. et Columbam Mut. Serra Maura, M.—*Decisiones Senatus Maioricensis*, fol. 123, n.º 99.

<sup>15</sup> La frecuencia y los conflictos que producía semejante gravamen motivaron a Buenaventura Serra y Ferragut a escribir su *Disertacion critico-legal sobre la condicion de Nombre, y armas puras, solas, y sin mezclas, ordenada en los fideicomisos por algunos testadores*.—Mallorca: MDCCLXXX, como él mismo expone en la introducción.

<sup>16</sup> Decis. 23 debrís. 1627. Refte. Mendieta, Serra Maura.—*Decisiones...*cit., fol 126, n.º 35.

<sup>17</sup> Decis. 15 Maii 1663, Rel. Marthorell int. D. Antt. de San Juan ex una et Raph. Pons Pru Curatorem heredit. The Torrella Sba Amengual sup. Fideicommissio Gulielmi Torrella. Ibid. fol. 122, n.º 2.

<sup>18</sup> Decis. 14 junii 1634. Rel. Vallonga Sba Binimelis int. Jacob Canals C. N. et Laurentium Garau. Ibid. fol. 122 v., n.º 6.

primi heredis sunt vocati”; “quando sunt vocati filii ultimi substituti, quae ultima Conjectura est aprobata in Senatu Cathaloniae et Majoricen”.<sup>19</sup>

Y, “filii in Conditione positi censetur vocati... Digressio ad plures gradus substitutionis, cum repetitione Conditionis sine liberis legitimis quando post suos et descendentes covantur extranei”<sup>20</sup> entre otras.

No obstante “filii in Conditione positi non censetur vocati in hac formula: Pater instituit primum filium masculum, et ei si heres non esset, aut esset, et decederet sine filiis masculis, substituit secundum filium, et sic decaeris eodem modo, et ultimo morienti sine filiis masculis probuit facultatem instituendi quem libet de cognomine Testatoris, et si ita non fecerit vocavi proximiorum de Parentella illius, fuit iudicatum filios masculos in conditione positos non esse vocatos, quia 1.º filius decessit cum filiis masculis et sic defecta Conditione, corrui tota Conjetura Fideicomissaria”.<sup>21</sup>

Ahora bien, señala Ripoll<sup>22</sup> que “por haberse discutido largo tiempo sobre la extensión que debía tributarse al llamamiento de los hijos hechos por los testadores, al efecto de conocer si habían de ser ó no considerados como sustitutos, establecidos por ellos en sus testamentos, supuesto que se prestaban a diferentes interpretaciones los textos romanos existentes sobre la materia, recayó una disposición especial y aclaratoria, que ha debido ser naturalmente la norma de los jurisconsultos en las discusiones forenses, y la guía de los Tribunales en la resolución de los pleitos”, reproduciendo, a continuación, dicha norma. Antes de hacerlo aquí conviene hacer constar que esta norma, con anterioridad a Ripoll, no aparece citada o alegada, ni en las decisiones del Senado de Mallorca —como se ve en los textos precedentes—, ni por los jurisconsultos mallorquines, tanto en sus Recopilaciones de las Leyes de Mallorca,<sup>23</sup> como en las alegaciones jurídicas que versan sobre los *filii positi in conditione*.<sup>24</sup>

<sup>19</sup> Decis. 6 junii 1640. Rel. Mir, Sba Llorens int. Jacob Cerdo Nott. C. N. et Joan Ferrer Curat. N. Trias. Ibid. fol. 123.

<sup>20</sup> Decis. 30 octobris 1643, Rel. Atmella, Sba. Prats int. Beatric. Net et Andreu et Beatric. Ferrandell c. n. C.º tenet *Crespi* obs. 19 et 20 ibid. fol. 122 v. n.º 5.

<sup>21</sup> Int. Jacobum Vaquer ex una et Petrum Español C. N. ex altera. Decis. 25 Febr. 1625. Rel. Gari, ibid. fols. 122 y 122 v. n.º 4. Decisiones en similares términos a las expuestas, recogen Ramon de Verí (que fue uno de los primeros oidores de la Audiencia).—*Consiliorum seu responsorum ad causas tam civiles quam criminales in regio Senatu Maioricensi, ventilatas ex diversis excellis. s. c. editorum*. Manuscrito de la segunda mitad del S. XVIII, fols. 213 a 220 y Artigues.—*Liber exemplarium*, fols. 108 a 136 v.

<sup>22</sup> RIPOLL Y PALOU, P.—*Memoria de las Instituciones del Derecho Civil de las Baleares*.—Palma: 1885, p. 23.

<sup>23</sup> Se han consultado los siguientes: Pere MOLL, Jordi ZAFORTEZA, Onofre SALVÀ, Joan CANET y Antoni MESQUIDA-ROMAGUERA.—*Recopilatio de les franqueses y dret municipal de Mallorca o Ordinacions. Statuts e dret municipal del Regne de Mallorca*.—Recopilación hecha por....—Ciutat de Mallorca: 7 de mayo de 1622.—ARM secc. Codices, n.º 33, MAYOL, Petro Joanne.—*Discursus Politico-Historico iuridicus de iure Supraemo, tam in pace quam in Bello, Majorices*: 1720. MIRALLES, Michaele.—*Index rerum quae in Regnis Privilegis et Pragmaticis Regum Patrimonium iurisdictionem concedunt alphabetica seriae Digestis iurisque S. C. R. Magestatis*.—s. l. n. a. MOLL, Antoni.—*Ordinacions y Sumari dels Privilegis Consuetuts y Bons usos del Regne de Mallorca*.—Mallorca 1663. PONS, Antoni.—*Constitucions e Ordinacions del Regne de Mallorca* (ss. XIII a XV), vol. 1.—Ciutat de Mallorca: ¿1932?. QUADRADO, J. M.ª.—*Privilegios y franquicias de Mallorca, cédulas, capítulos, etc. ...otorgados por los Reyes de Mallorca, de Aragón y de España desde el s. XII hasta fin del XVII*.—Palma de Mallorca: 1894 y 1896. SATRE PORTELLA, Josep y Florenci.—*Franqueses, Privilegis i costums Judicials de Menorca a l'època del Regne de Mallorca*.—Menorca: 1982.

<sup>24</sup> Se han consultado, entre otras, las colecciones de alegaciones jurídicas de la Biblioteca

Sigue diciendo Ripoll: "Con efecto el Señor Rey Don Fernando II de Aragón y de Mallorca que sucedió en estos Reinos a su padre Don Juan II, y que incorporó ambas coronas á la de Castilla por su casamiento con Doña Isabel I tomando el nombre de Fernando V y ambos esposos por sus hazañas religiosas el sobrenombre de Reyes Católicos, en las cortes que celebró en Monzón en el año de mil quinientos diez, estatuyó que queriendo declarar la mente e inteligencia de las sustituciones contenidas en los testamentos, donaciones u otros cualesquiera contratos ó ultimas voluntades, siempre que en ellos se haga mención de hijos, debía declarar que siempre que los testadores dispusiesen que si el heredero instituido en primer lugar, falleciese sin hijos, los bienes se transmitiesen á algún pariente ó estraño, en el testamento nombrado en tal caso, dichos hijos no se entiendan sustitutos de sus padres, ni llamados en este concepto por el testador al disfrute de su herencia; pero si este testador doblase la condición diciendo que si su heredero falleciere sin hijos y sus hijos sin hijos se transmitiese su herencia á otro, en semejante caso fuesen los mismos hijos reputados como sustitutos de sus padres en primer lugar instituidos y llamados por consiguiente al goce de la herencia en calidad de tales. Al mismo tiempo proveyó y mandó que esta resolución no solamente se observase en los pleitos sucesivos, sino en todos los que se hallaban entonces pendientes y no determinados" (*sic*).<sup>25</sup> Este Decreto, según Pascual González, fue "mandado observar en Mallorca a petición de los propios mallorquines, por el Rey Don Fernando el Católico, en Privilegio de 27 de Marzo de 1511".<sup>26</sup>

Son éstos dos textos de considerable importancia, especialmente el primero, pues ha sido alegado siempre como fundamento y origen del actual artículo 28 de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares. Por ello es necesario añadir algunas consideraciones a los mismos.

Primeramente, y en lo que al Decreto de Cortes de Monzón se refiere, cabe señalar que no sólo es citado por vez primera por Ripoll —como ya se ha dicho—, sino que no se ha encontrado documentación alguna que acredite la asistencia de los representantes mallorquines a dichas Cortes.<sup>27</sup>

---

Partolomé March Servera, del Archivo de Can Vivot y del Fondo Aguiló de la Sociedad Arqueológica Luliana.

<sup>25</sup> *Memoria...* cit. pp. 23 y 24. Texto que reproduce, parcialmente, ROGER, M.—*Enciclopedia Jurídica Seix*.—Barcelona: 1910.—T. XVI, voz "Fideicomiso".—p. 336, y PALOMAR BARÓ, A.—*Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*.—Barcelona: 1975.—T. IX, voz "Fideicomiso", p. 783. También pero con algunas variaciones, PASCUAL GONZÁLEZ, L., *Derecho Civil de Mallorca*.—Palma de Mallorca: 1979.—pp. 302 y 303. Texto el de Pascual que, a su vez, es reproducido por COLL CARRERAS, M.—*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. Albadaejo).—Madrid: 1980.—T. XXXI, vol. 1.º—pp. 509 y 510.

<sup>26</sup> *Op. cit.*, y al que sigue COLL CARRERAS, M., *Ibid.*

<sup>27</sup> Al respecto PINYA I HOMS, R. entiende que, según se desprende del *libre de Corts*, éstos asistieron hasta finales del s. XIV, en *La participació de Mallorca en les Corts catalanes*.—Ciutat de Mallorca: 1978. De otra parte no he encontrado referencia alguna a la asistencia de los mallorquines a las citadas Cortes de Monzón de 1510, en las siguientes obras: *Libre de Corts Generals*: estatutos y capítulos de cortes, pragmáticas, privilegios y otros documentos de interés para el Reino de Mallorca de los siglos XIV al XVI.—ARM secc. Códices, n.º 10. BOFARULL Y MASCARÓ, P.—*Documentos inéditos del Archivo General de la Corona de Aragón*: Procesos de las antiguas Cortes y Parlamentos de Cataluña, Aragón y Valencia.—Barcelona: 1847. *Cortes de los Antiguos Reinos de Aragón y de Valencia y Principado de Cataluña*.—Publicado por la Real Academia de la Historia.—Madrid: 1896. CAMPANER Y FUERTES, A.—*Cronicón Mayoricense* (Noticias y relaciones históricas de Mallorca desde 1229 a 1800).—Palma de Mallorca: 1967.

En cuanto al Privilegio de 27 de Marzo de 1511, si bien se refiere a un capítulo de las citadas Cortes, no tiene nada que ver con el tema de los hijos puestos en condición. En efecto, en el mismo se hace extensible a Mallorca un capítulo aprobado en aquéllas por el que los catalanes podían comerciar libremente con el norte de Africa. Dice el Privilegio:

“Don Ferrando, per la Gracia de Deu Rey de Aragó, de las duas Sicilias, de Hierusalem, de Valencia, de Mallorques, de Cerdeña y de Corcega, Compte de Barcelona, Duch de Athenas y Neopatria, Compte de Roselló y de Cerdaña, Marqués de Oristany y de Gociano. Als Spectables Nobles, Magnífichs Concellers, amats y faels nostres, qualsevol Capitans Generals, y particulars, y a tots qualsevols altres officials Nostres, axí majors, com menors, qualsevol Iurisdiccio exercints als quals las presents prevendran, e las cosas dejus scritas perteñeran. Salut y dileccio. En las Corts per Nos ultimadament celebrades en la vila de Montço, a supplicacio del stament Real del nostre Principat de Cataluña es estat per nos fet y ordenat un acte de Cort del tenor següent: Item Molt e Catholic Princep Rey e Señor pus a lo Divinal clemencia plau que en los vostres benaventurats dies se conquisten los regnes e terras de Africa, que pertañen a la Corona de Aragó de que vostres vasalls sotmesos a la dita Corona, son constituït en summa contentacio e alegria, e perço son moguts en demanar gracia e mercé a Vostre Alteza los des staments de la Cort General del Principat de Cataluña supliquen a Vostre Alteza, que li placia per capitol de Cort atorgar y consentir al vostre Principat de Cataluña, e a tots sengles poblats e habitans en aquell presents e devenidors, que hajen e puxen haver comers en los regnes de Tunis, Alger, Tripol e Bugia e altres pertañens a la dita Corona de Aragó; axí conquistats, com conquistadors, e puxen entrar, exir, estar, en los dits Regnes e terres, e en aquells portar qualsevol robes, mercaderies e vitualles, e altres coses sens empaig de Vostre Magesta de vostres officials presents e esdevenidors, e aço no derogant a altres constitucions, capitols e actes de Cort, privilegis, axi en comu com en particular atorgats als eclesiastichs e Militars, Ciutats e Vilas Reals, e encare de present, li placia revocar e haver per revocade la crida feta per manament de Vostre Magestat en algunas parts de Cataluña, prohibint lo comerci per el Reynes Tramacen, de Tunis e ciutat de Orá en quant sia perjudici al dit Principat e als dits poblats e habitans en aquell manant; a sobre aço despachar oportunas provisions, e que en dits Regnes de Tunis e Ciutat de Orá pugen los poblats en lo present Principat portar tota natura de vitualles. **PLAU AL SEÑOR REY.**

*E com los poblats en la nostra illa et regne de Mallorques, per franceses del dit Regene per los antipassats Reys predecessors nostres atorgades, y per nos confirmades, sen alegren de totes les favors y prerrogatives atorgades al Nostre Principat de Cataluña, y ab les constitucions y capitols de Cort de Cataluña se governen, y viuen, y son reputats per catalans. Perço son estats, per part dels amats nostres Misser Ioan Gual Doctor y Mossen Nicolau Quint, Cavaller, Sindichs y Missatgers, a Nos per los Iurats y Consell de la dita Ciutat y Regene molt humilment supplicats manassen guardar y observar lo present capitol y totes coses en aquell*

contingudes als poblats a la dita Illa de Mallorca. E nos la dita supplicatio benignament admesa Volents, que los dits Mallorquins se hajen de alegrar del desusdit capitol merexentlo sos serveys. Ab tenor perço de la present de nostra certa sciencia deslberadament, e consulta, vos dihem y manam en pena sinch milia Florins de Or de vostres bens, si lo contrari fereu exhegidors, y e nostres Cofres applicadors, que lo dit capitol, y totes cosas en aquell contengudes guarden, y observeu als Poblats en lo dit nostre Regene de Mallorca, dexant aquell gozar y alegrar de tot lo contengut en dit preinçert Capitol, axi com e los catalans, no faent per res lo contrari si nostra gracia teniu cara, e la demundita pena, en la qual en cas de contradiccio, no fallira rigurosa executio, desitjau no correr.

Dat en la Ciutat de Sevilla a vintiset dias del mes de març del Any de la Nativitat de Nostre Senyor Jesucrist de mill cinç-cents y onse”.<sup>28</sup>

De otra parte, el texto citado por Ripoll no encuentra su posterior reflejo en las Decisiones de la Real Audiencia, incluso podría decirse que, en ocasiones, se contradicen, como se comprueba con la comparación de los mismos.

En el Proyecto de Apéndice que acompaña la Memoria de Ripoll, se recoge dicho Decreto. Así según el art.º 3.º del mismo: “Los hijos puestos en el testamento bajo una simple condición diciendo “si mi heredero fallece sin hijos mi herencia pase 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”. Y el art.º 4.º: “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 a otro” se reputan sustitutos del heredero, llamados con este carácter y deben entrar en su caso al disfrute de la misma herencia”.<sup>29</sup>

Preceptos éstos que, excepción hecha del Proyecto de 1903,<sup>30</sup> se recogen de forma muy similar por los posteriores Proyectos.<sup>31</sup> Y ello a pesar de que hasta Pascual González apenas es citado por la doctrina balear el Decreto de Cortes de Monzón de 1510.<sup>32</sup>

La Compilación de 1961, a pesar de ello y porque sólo tuvo en cuenta los precedentes de los Proyectos, y debido a que con ello se zanjaba de forma definitiva la problemática referente a si los hijos puestos en condición se en-

<sup>28</sup> ARM, LI R-82, fols. 265 y 265 v. (el subrayado es mío). Es raro encontrar en fechas tan tardías documentos en los que, como en este, se diga que los mallorquines “viven y son reputats per catalans”. En el mismo han creído ver algunos autores la extensión territorial del Derecho Civil catalán a Mallorca. Un estudio de este documento en relación a otros puede verse en A. PLANAS ROSSELLÓ.—“Acerca de la naturaleza municipal o territorial del Derecho del Reino de Mallorca”.—*Estudis Baleàrics*, març 1988.—pp. 83 a 89.

<sup>29</sup> *Memoria...cit.*, pp. 48 y 49.

<sup>30</sup> Lo que no deja de ser extraño, pues Ripoll fue el presidente de la Comisión de 1903, como se dice en la *Exposición de Motivos del Proyecto*.

<sup>31</sup> Art.º 18 del Proyecto de 1921, y art.º 20 del de 1949.

<sup>32</sup> Además de los ya citados en notas anteriores, BALLESTER PONS, P.—“La Substitució fideicomissaria.—El fill natural devant la condició “si sine liberis”.—*Revista de Menorca*. 1926.—pp. 141 y 142. Y BONET DE LOS HERREROS, P.—*Alegaciones en Derecho de bienes procedentes de D. Jerónimo Quetglas y Guiscafré formuladas por los abogados Pedro Bonet de los Herreros y D. Tomás Muntaner en Defensa de D. José Sureda y Massanet y D. Valentín Massanet y Beltrán respectivamente*.—Palma de Mallorca: 1926.—p. 222.

tienden o no puestos en disposición, resuelve la cuestión recogiendo en el art.º 28 el sentido del Decreto de las Cortes de Monzón que citara por vez primera Ripoll. En efecto, el texto original utilizado en los primeros textos de anteproyecto era el siguiente: "Los hijos puestos en condición no se entenderán llamados a la sustitución fideicomisaria como fideicomisarios o como sustitutos vulgares en fideicomiso, si no lo son de un modo expreso. Ello no obstante, se presumirá que existe una sustitución vulgar expresa en fideicomiso.

a) Si el testador llama a la sustitución a los hijos del fiduciario o, de un sustituto fideicomisario más remoto, en cuyo caso se entenderán llamados los hijos del primer fiduciario o de los fideicomisarios por orden de proximidad.

b) Cuando habiendo designado como fideicomisarios a sus hijos, llame como último fideicomisario a otra u otras personas.

c) Si la sustitución está condicionada al doble evento de que el fiduciario muera sin hijos, y éstos a su vez sin hijos".<sup>33</sup>

A dicho texto, el miembro de la sección especial de la Comisión General de Codificación, Sr. Subías, propuso la siguiente reforma o modificación:

"Artículo 28: *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 substitutos de su padre si la substitución fideicomisaria está condicionada al doble evento de que el fiduciario muera sin hijos, y éstos, a su vez, sin hijos.*

Propongo eso [dice Subías] porque: 1.º porque los supuestos a) y b) cuya supresión propongo suponían la introducción en Mallorca de algo nuevo y desconocido totalmente. El señor Chacártegui se ha convencido de ésto y está conforme con mi propuesta de que se omitan tales supuestos que él tomó del derecho catalán, digo del proyecto catalán; y 2.º porque la supresión de dichos apartados nos sugirió la conveniencia de aligerar el primer párrafo evitando el juego de las expresiones "sustitución fideicomisaria", "fideicomisarios", "sustitutos vulgares en fideicomiso" y "sustitución vulgar en fideicomiso", cuyo uso parece innecesario para dejar formulado el contenido del Decreto de las Cortes de Monzón, único que proponemos sea dejado en el artículo de referencia. Y creemos que, conforme a la redacción que pedimos, quede claro y no deje lugar a confusiones".<sup>34</sup> Enmienda que pasó, sin más al texto definitivo de la Compilación.

Así lo entendió también el Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de Octubre de 1964,<sup>35</sup> en cuyos Considerandos 5.º y 6.º se declaró la plena vigencia, con anterioridad a la Compilación, del mencionado Decreto. Dicen éstos:

5.º CDO "... para el supuesto concreto de la sustitución fideicomisaria de la clase de "si sine liberis decesserit", ... .., nos encontramos que en el Derecho Mallorquín existía una disposición específica, que por su carácter de tal, es la única que puede tener validez y aplicación, cual es la instituida con el Decreto aprobado en las Cortes de Monzón de 1510, que a petición de los mismos mallorquines y con el fin de acabar con los abusos anteriores, pasó a

<sup>33</sup> Obsérvese la influencia ejercida por el art.º 356 del Proyecto de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, de 1955, artículo 175 de la actual Compilación.

<sup>34</sup> Archivo de la Comisión General de Codificación.—leg. 31, carpeta, 3.

<sup>35</sup> De la que fue Ponente el Excmo. Sr. D. José Beltrán de Heredia y Castaño.

formar parte del Derecho de esta isla, con el Privilegio concedido por el Rey Fernando el Católico el 27 de marzo de 1511, en el que terminantemente se dice que *cuando en los testamentos, donaciones o en otros contratos se arbitra y pone semejante sustitución "en las que se hace mención de hijos, esto es que los testadores dirán y dispondrán que si el heredero instituido primo loco muriere sin hijos que los bienes pasen a otros parientes o extraño... y si los dichos hijos son puestos en los dichos testamentos "sub simplice conditione" que en tal caso los dichos hijos no se entienden ser sustitutos de sus padres ni ser llamados a tal herencia "juditio testatoris", añadiéndose que para que esto pueda suceder es preciso que los hijos sean nombrados "sub duplice conditione", diciendo "si mis hijos o mi heredero morirá sin hijos y los hijos de ellos morirán sin hijos..." en cuyo caso se entenderá que son nombrados sustitutos de sus padres herederos instituidos en primer lugar*».

Y dice el 6.º CDO: «Que esta disposición que se acaba de transcribir, dictada en forma de Privilegio, fue mantenida ininterrumpidamente, sin que fuese derogada ni tan siquiera modificada, repitiéndose su cita como regla vigente en cuantas colecciones se publicaron de Derecho Mallorquín, siendo en este concepto respetada por el Decreto de Nueva Planta de 1715 y constituyendo parte del Derecho peculiar que mantiene el artº 13 del Código Civil, en cuyo concepto y forma llega hasta nuestros días como se comprueba con la reciente Compilación del Derecho mallorquín publicada en 1961, cuyo art.º 28 es simple reproducción del contenido del antes indicado Decreto de Monzón, siendo por ello de imprescindible valor para la interpretación y alcance del Derecho anterior al mismo...».<sup>36</sup>

Para finalizar, cabe preguntarse de dónde obtuvo Ripoll la información del Decreto de las Cortes de Monzón de 1510, pues ninguno de los textos transcritos hace alusión al mismo. Es más, no sólo no está documentada la asistencia de los representantes mallorquines a dichas Cortes, sino que, incluso, parece que, en ocasiones, las decisiones de la Real Audiencia se contradicen con el mencionado Decreto.

De otra parte, las decisiones de la Real Audiencia en materia de *filii positi in conditio* al utilizar la mayoría de las conjeturas del Derecho Común, no hace sino corroborar lo dispuesto en la Real Cédula de 31 de Agosto de 1736, en cuanto a que el Derecho Civil de las Islas Baleares con anterioridad a la Compilación de 1961 era el Derecho Común. De otra parte, son excepcionales las disposiciones especiales existentes fuera de aquél, entre las que parece que no se encuentra el reiteradamente citado Decreto de las Cortes de Monzón de 1510.

<sup>36</sup> En el mismo sentido, NOGUERA ROIG, Fco.—"Panorámica del Derecho Foral".—*Jornada de Derecho Foral*.—Palma de Mallorca: 1973.—p. 26.