

Los hijos puestos en condición y su consideración como fideicomisarios: una aproximación a la doctrina y jurisprudencia de la Real Audiencia de Mallorca

DAMIÀ VIDAL RODRÍGUEZ

1. Introducción

La cuestión técnica planteada por el problema de los *hijos puestos en condición* es la siguiente: si, con anterioridad a las Compilaciones de Derecho foral balear, en un fideicomiso condicional, los hijos o los descendientes del instituido heredero, que están puestos en condición, pueden, por conjetura de voluntad, entenderse sustitutos fideicomisarios. Y en virtud de ello, pueden gozar de la herencia fideicomitada con preferencia frente al sustituto establecido por el testador en la sustitución fideicomisaria, llegando incluso, en su caso, a excluir completamente al sustituto.

Este asunto, constituye, en palabras del propio cardenal MANTICA,¹ la gran cuestión, la *magna dubitatio*, a saber, si los hijos puestos en condición pueden por conjetura de voluntad, entenderse sustitutos fideicomisarios.

En definitiva, en una posible vertiente práctica, se trata de responder a la cuestión siguiente: si se diera el caso de un heredero instituido, que llegara a serlo, y que muriese con hijos y nietos, ¿tales hijos y nietos se entenderían llamados o no por el testador? El supuesto que solió asumir la doctrina, de entrada, es que no se entendían llamados los hijos, y mucho menos los nietos, por el sólo hecho de estar puestos en condición; es decir, que el instituido como fiduciario de la herencia era heredero libre por el hecho de fallecer dejando hijos, y que, en consecuencia, el gravamen restitutorio a favor del sustituto quedaba extinguido. Y ello, excepción hecha de algunos casos en que el fiduciario quedaba gravado de restitución a favor de los hijos puestos en condición.

Es decir, y dicho de otro modo, la cuestión que estudiamos, en el marco precompiatorio, es la siguiente: si interpretando la voluntad del testador hay que entender, o no, llamados a los hijos y a los nietos que dejó el instituido a su fallecimiento, y si como tales han de ser considerados, o no, como sustitutos

¹ F. MANTICA (1534-1614): "*Tractatus de Coniecturae Ultimarum Voluntatum*", Venetiis, 1587. Biblioteca Diocesana, Palma.

fideicomisarios de su padre, de manera que éste está gravado de restitución a favor de aquéllos, como herederos directos del testador o fideicomitente.

La estructura de este trabajo es la siguiente: en la sección 2 repasaremos la sustitución fideicomisaria con la cláusula de hijos puestos en condición, su noción histórica, el concepto, y el derecho vigente en Mallorca; en la sección 3 estudiamos en profundidad la fórmula concreta de expresión de la sustitución fideicomisaria condicionada a cierta cualidad a verificar por los descendientes del fiduciario, concluyendo, sin lugar a dudas, de que en ese caso existe un llamamiento tácito a favor de los mismos y por tanto, tal fiduciario quedaba gravado de restitución a favor de ellos.

2. Sustitución fideicomisaria con cláusula de hijos puestos en condición

2.1 Noción histórica.

Como es sabido, las instituciones de derecho privado son el producto de una lenta y muy larga evolución; circunstancia ésta que se evidencia muy claramente en las sustituciones fideicomisarias. En efecto, como pone de relieve PASCUAL GONZÁLEZ², los fideicomisos universales se engendraron en el seno de las familias griegas y egipcias cuando, desarrollada la institución de los testamentos, se buscó una manera de conservar el patrimonio familiar entre los descendientes de una misma familia, y así se promulgaron ulteriormente los SS.CC. Trebeliano y Pegasiano que establecieron reglas de derecho, y finalmente Justiniano les dio la ordenación jurídica que aun persiste en Mallorca. Como variedad del fideicomiso singular, por evolución natural del mismo o por influencia de los derechos griegos y egipcio, apareció en Roma, de donde pasó al derecho medieval y al moderno, el fideicomiso familiar, sucesivo y gradual.

En Mallorca hallamos desde muy antiguo y muy usados los fideicomisos. Como dice ARMANDO TORRENT³, en ellos toda la herencia o un determinado bien de la misma, quedaba temporalmente vinculada a la propiedad de una misma familia, de forma que el heredero fiduciario estaba obligado a conservar los bienes hereditarios fideicomitidos.

2.2 Concepto

El propio PASCUAL GONZÁLEZ define el fideicomiso 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. En Mallorca el fideicomiso familiar total no existía, pues se debían detraer las legítimas, la cuarta Trebeliánica y, en su caso, las impensas y mejoras efectuadas por el fiduciario.

El fideicomiso familiar se caracteriza por la finalidad de mantener o conservar en la familia los bienes de la herencia, procurando así la unidad patrimonial durante

² Luis PASCUAL GONZÁLEZ: "Derecho Civil de Mallorca", 1.951.

³ ARMANDO TORRENT: "*Fideicommissum Familiae Relictum*", Serie Derecho, Universidad de Oviedo, 1.975.

varias generaciones (STS 11 mayo 1.948). El heredero fiduciario se distingue del simple usufructuario.⁴

En esencia los fideicomisos pueden ser **puros, condicionales y a término**. La condición más frecuente en los fideicomisos familiares es que fallezca el heredero sin hijos o con tales que no lleguen a la edad de testar, “*si sine liberis*”, siendo los fideicomisos puros y a término inusuales. Igualmente, los fideicomisos se puede clasificar en **Simple y sucesivos**.⁵

Finalmente, los fideicomisos pueden ser **temporales y perpetuos**. En el S.XIX los los fideicomisos perpetuos no estaban permitidos por las leyes. El CC autoriza los fideicomisos sucesivos siempre que no pasen del segundo grado (art 781). El Derecho Romano, en su Novela 159, los permite hasta el cuarto grado y, como es sabido, esta la regulación romana es la vigente en Mallorca. En los fideicomisos sucesivos será causa de extinción del fideicomiso el hecho de entrar en posesión de la herencia un fideicomisario que se halle en el cuarto grado.

Entre los fideicomisos atípicos PASCUAL GONZÁLEZ recoge aquellos que contienen la **cláusula de hijos puestos en condición** o condición “*si sine liberis decesserit*”. Con esta fórmula se designa a los hijos de los herederos sucesivamente llamados por el testador, cuando éste hace depender de la existencia de tales hijos, respecto a cada uno de los instituidos, la adquisición definitiva e irrevocable de la herencia.

En las regiones forales: Navarra, Cataluña, Aragón y Baleares era muy usada esta fórmula. En Mallorca se conserva, pero, tal como pone de manifiesto PASCUAL GONZÁLEZ su uso no es tan general y constante como en el pasado siglo XIX.⁶

2.3. Problemas que plantea la fórmula de hijos puestos en condición

Como acertadamente señala ROCA SASTRE⁷, el problema de los hijos puestos en condición consiste en dilucidar si, en este caso, los hijos se han de considerar o no llamados a título de sustitutos; es decir, si la circunstancia de estar puestos en condición implica o no un llamamiento tácito o conjetural a su favor, en concepto de sustitutos, de manera que aquella situación de hecho provoque una titularidad jurídica. En una palabra, estriba en resolver si debe ser admitida o rechazada la regla “*positus in conditione positus in substitutione*”.

La cuestión tiene una evidente trascendencia práctica. En el caso de que el heredero instituido, que ha llegado a serlo, muera con hijos, puede suceder:

⁴ En que el primero es realmente heredero y el último no (por ello no tiene derecho a la detracción de la Trebeliánica), aun cuando uno y otro ostentan ciertamente algunos caracteres comunes.

⁵ En los primeros sólo existe una restitución (un fiduciario y un fideicomisario) y en los segundos las restituciones de la misma herencia son múltiples, siendo el fideicomisario de la primera fiduciario en la restitución que sigue. Y así sucesivamente. Los fideicomisarios familiares son siempre sucesivos.

⁶ Quedaría por estudiar el uso real que del fideicomiso se ha hecho desde 1961 en que entró en vigor la Compilación de Derecho civil balear.

⁷ Ramón María ROCA SASTRE: “El problema fideicomisario de los hijos puestos en condición”, Editorial Bosch, 1.948.

a) Si se entienden llamados los hijos puestos en condición, han de ser considerados como substitutos fideicomisarios de su padre, de manera que éste habrá estado gravado de restitución a favor de aquellos.

b) Si no se entienden llamados, el instituido es heredero libre y el gravamen restitutorio queda extinguido y el fideicomiso queda purificado.

Como pone de relieve ROCA SASTRE, **la cuestión a tratar es de pura interpretación.**⁸ Consiste, como se ha dicho, en averiguar si el mero hecho de poner el causante a los hijos en la condición que actúa sobre la efectividad de la titularidad hereditaria, implica un llamamiento tácito o conjetural de aquellos hijos a la substitución. Se trata de investigar cuál fue la voluntad o el pensamiento del testador respecto de aquellos hijos, o sea, precisar si sólo pensó en ellos al simple efecto de utilizarlos para condicionar la efectividad del fideicomiso o si además tuvo la intención de nombrarlos substitutos. Consiste en comprobar si existe un "*rationale vestigium voluntate*", como dice MANTICA, de donde poder extraer por inducción la verdad de la presunta voluntad del testador.

A nuestro efectos resulta conveniente recordar que **es principio general de Derecho romano que *fili apelatione omnes liberos intelligimus (Digesto, L-16)*. Por consiguiente bajo la denominación de hijos se comprende a los descendientes.** Esta regla está admitida por los autores y por la jurisprudencia. Así la STS de 29 de febrero de 1.952.

También recuerda ROCA SASTRE que, cuando se trata de interpretar la palabra **hijos**, se está en un plan de distribución hereditaria, y, en cambio, **en materia de hijos puestos en condición suele imperar el sistema de heredero único, ya que la intención del causante es generalmente que la titularidad del patrimonio pase exclusivamente a uno de los hijos, y, si se entienden llamados los nietos, a sólo uno de éstos.**

Hasta la promulgación de la Compilación en 1.961 el llamamiento de los hijos puestos en condición no ha sido una cuestión pacífica y los autores se vinieron cuestionando cual de los dos principios debía prevalecer, si el principio que entiende que los hijos puestos en condición no pueden entenderse llamados en sustitución, exceptuados los casos en que se prevea tal llamamiento, o el principio que defiende lo contrario. Y, una vez recogidos por la ley o elevados al rango de regla normativa por la doctrina, si tales principios constituyen una regla de interpretación o una presunción de voluntad. Respecto a esta última cuestión ROCA SASTRE entiende que **constituyen una regla de interpretación o precepto de derecho material.**

Los fideicomisos constituyen una de las materias en que la interpretación actúa más intensamente. Las cláusulas testamentarias o capitulares que ordenan substituciones fideicomisarias, por la complejidad de supuestos que quieren prever con el menor número posible de palabras escritas, necesitan frecuentemente de la

⁸ "Repetimos: el problema de los hijos puestos en condición es una cuestión puramente de interpretación. En este terreno, dentro de las limitaciones interpretativas, los autores y la jurisprudencia admitieron distintos supuestos, en los cuales alguna circunstancia demostraba que la voluntad de llamamiento de aquellos hijos era racionalmente presumible".

interpretación. En materia de cláusulas fideicomisarias, la contracción de los conceptos hace que la interpretación literal no haga resaltar todo cuanto ha querido decir el causante. Existen giros de valor entendido, gracias a una interpretación continuada o en serie de los mismos, facilitada por la práctica notarial de redacción de documentos públicos, mediante fórmulas generalizadas.

Siempre siguiendo a ROCA SASTRE debe afirmarse que las reglas normativas derivadas del problema de los hijos puestos en condición, producidas por la doctrina, consagradas por la jurisprudencia o recogidas por el legislador, son reglas de interpretación, dotadas de todo el valor de los preceptos del Derecho positivo.

Dos son las tendencias u orientaciones doctrinales, jurisprudenciales y hasta legislativas producidas en el problema de los hijos puestos en condición. La primera considera que los hijos son llamados a la substitución sosteniendo la regla "*positus in conditione, positus in substitutione*". La segunda mantiene el criterio opuesto. Pero estas dos orientaciones son admitidas en el sentido único de reglas generales interpretativas, como si se tratara de presunciones *iuris tantum*. No son afirmadas de una manera absoluta y rígida.⁹

Por eso, cada tendencia sostiene la regla correspondiente, pero sujeta a excepciones derivadas de la voluntad del de cuius contraria a aquella regla, manifestada de una manera expresa, **tácita o conjetural**, según que el causante excluya o llame expresamente a los hijos puestos en condición, o den lugar a presumir uno u otro pensamiento, apoyándose en el supuesto más verosímil (*verosimile cogitatum*).

ROCA SASTRE concluye que en la doctrina jurídica catalana el principio que impera es el de no entender llamados los hijos puestos en **condición mientras no se demuestre que la intención del causante fue la de llamarlos efectivamente**.

2.4. Derecho vigente en Mallorca

La Compilación de 1.961, en su artículo 28, zanja cualquier discusión en torno al tema que nos ocupa, al disponer que "los hijos puestos en condición no se entenderán llamados a la herencia si no lo son de modo expreso". Pero, como ya hemos indicado al principio, y se concretará en la siguiente sección, suponemos la cuestión sujeta al marco legislativo anterior a la Compilación, y, por tanto, resultará obligado analizar la cuestión a la luz de dicha legislación.

A este respecto, dice PASCUAL GONZÁLEZ que en el Derecho de Mallorca, entroncado íntimamente con el de Cataluña, hallamos la cláusula de hijos puestos en condición de igual manera y se suele consignar en idénticos o parecidos términos. Por tanto, lo anteriormente expuesto, en cuanto a concepto y variedades, es aquí perfectamente aplicable.

Siguiendo a RIPOLL Y PALOU¹⁰, PASCUAL GONZÁLEZ señala que una gran parte de las dudas y problemas planteados en Cataluña en torno a esta cláusula "quedan resueltos en Mallorca por la existencia de una regla de interpretación auténtica

⁹ En materia sucesoria ha de prevalecer la voluntad del testador, que es la ley de la sucesión, y sería absurdo, por lo tanto, hacer regir una regla, cuando manifiestamente repugne a la voluntad del causante.

¹⁰ Pedro RIPOLL Y PALOU: "Memorias sobre instituciones de Derecho Civil de Baleares", 1.885.

contenido en el Decreto de las Cortes de Monzón de 1.510, mandado observar en Mallorca, a petición de los propios mallorquines, por el Rey Fernando el Católico, en Privilegio de 27 de marzo de 1511, el cual se ha aplicado siempre en nuestras islas sin contradicción alguna.” M. COLL CARRERAS¹¹, comentando el mencionado artículo de la Compilación comparte la opinión de PASCUAL GONZÁLEZ.

La Audiencia de Palma de Mallorca, en sentencia de 30 de abril de 1.926, reconoció la vigencia del Decreto de Monzón y, con posterioridad, el mismo Tribunal, en la sentencia de 6 de Junio de 1.927, reafirma de modo explícito su posición. En el mismo sentido se pronunció más tarde el TS en la famosa Sentencia de 24 de octubre de 1.964, de la que fue ponente el Sr. BELTRAN DE HEREDIA CASTAÑO.

No obstante lo anterior, las investigaciones recientes han puesto en duda la existencia del Decreto de las Cortes de Monzón de 1.510 y la del Privilegio del Rey Fernando, de 27 de marzo de 1.511. En tal sentido, la doctora ZAFORTEZA DE CORRAL negó su existencia¹². En el prólogo a la obra de la doctora ZAFORTEZA, M^a DEL CARMEN GETE-ALONSO, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Barcelona, sostiene que los resultados de la investigación histórica efectuada por la Dra. ZAFORTEZA “demuestran la inexistencia de tales precedentes legales. Antes al contrario, en este punto, hasta la Compilación de 1.961, no puede decirse que ni a nivel legal, ni en la práctica de los Tribunales, se siguiera un criterio distinto del que viniera marcado por el Derecho Romano Común. Sin embargo, si se han encontrado otros precedentes que permiten afirmar la notoria diferencia existente entre el fideicomiso balear y los mayorazgos castellanos, y la aproximación –dada la vigencia del Derecho Romano Común en ambos– que existe entre el fideicomiso balear y el regulado en el Derecho Catalán.”

Tomando pie de la citada doctrina y ampliándola significativamente, este autor llevó a cabo un estudio exhaustivo tanto de los archivos históricos y las fuentes bibliográficas anteriores a la compilación, como de la jurisprudencia y de las opiniones de juristas¹³, destacando la muy probable inexistencia de tal decreto y la trascendencia de la cuestión dentro del tema que planteamos en el presente trabajo.

En consecuencia, la cuestión relativa a los hijos puestos en condición sigue expuesta en los mismos términos que los enunciados al final del apartado anterior. Es decir, la regla general es la de que no se entienden llamados en sustitución, salvo que de la interpretación de la voluntad del testador se infiera lo contrario.

3. Interpretación de la cláusula condicionada a la existencia de descendientes legítimos i naturales

¹¹ Miguel COLL CARRERAS: “Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales” (dir. por M. Albaladejo), Madrid., pp. 574-575.

¹² Luz ZAFORTEZA DE CORRAL: “El Fideicomiso en el Derecho Civil de Mallorca y Menorca”, Ayuntamiento de Palma, 1.992.

¹³ Damià VIDAL RODRÍGUEZ: “Acerca de la supuesta existencia del llamado Decreto de las Cortes de Monzón de 1510 sobre los hijos puestos en condición”, BSAL (57), 2003.

3.1 La sustitución fideicomisaria objeto de estudio

El supuesto particular de expresión de la sustitución fideicomisaria que consideramos es la siguiente: A instituye y nombra heredero propietario a cierto B, y si dicho B *no fuere o no pudiere ser heredero del testador o en cualquier tiempo muriera sin dejar descendientes legítimos y naturales, tanto varones como hembras*, le sustituye fideicomisariamente C, hermano varón menor de B, en ese caso a sus libres voluntades.

3.2 Contexto. La interpretación de los testamentos. Las conjeturas como instrumento interpretativo fundamental

Suponemos que el testador fallece en una fecha anterior a la entrada en vigor de la Compilación de 1.961, y como se comentó, las normas que deben gobernar la sustitución fideicomisaria establecida por el causante han de ser las vigentes en el momento de su fallecimiento, que no son otras que las consignadas en el apartado anterior.

3.2.1. La interpretación de los testamentos

Es opinión común en la doctrina que la interpretación de la voluntad testamentaria presenta unos caracteres específicos y propios que la diferencian de los criterios empleados para interpretar los actos *Inter Vivos*. Mientras que la interpretación contractual general de los negocios jurídicos *Inter Vivos*, está guiada no sólo por la voluntad, sino que la acompaña la conocida como autorresponsabilidad del declarante, y la confianza del destinatario de la declaración, derivadas ambas del principio objetivo de la buena fe, la interpretación testamentaria debe orientarse únicamente por un criterio subjetivo con base en las declaraciones de última voluntad. La jurisprudencia ha reconocido como regla general en nuestro Derecho que es preferente la voluntad realmente querida a la declarada, con la puntualización de que en caso de posible divergencia entre ambas, corresponde a los que afirman esta disparidad la prueba de la misma, pues el Derecho considera en principio que la voluntad declarada coincide con la voluntad real. Por ello se atribuye subjetivamente preferencia al testador en el extremo de interpretar su voluntad.¹⁴

En estos términos se pronuncia la reciente Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2.003.¹⁵ La Sentencia cita otra de 31 de diciembre de

¹⁴ Hay tres elementos fundamentales en todo proceso interpretativo: el **gramatical**, el **lógico** y el **sistemático**; el primero, con base a las palabras cuando no ofrece duda la claridad de las cláusulas; el segundo, cuando surge esa duda entre la letra y el espíritu; y el tercero utilizando el conjunto armónico de las disposiciones para cerrar el ciclo interpretativo; pero es unánime la doctrina y la jurisprudencia afirmando que su uso debe ser conjunto y nunca aislado, pues no son más que medios o instrumentos que el intérprete ha de poner en juego en un proceso interpretativo unitario; proceso al que, según más reciente doctrina, debe unirse el elemento teleológico o finalista.

¹⁵ En la que con estricta sujeción a la Jurisprudencia de la propia Sala en cuanto a la aplicación del art. 675 del CC, pone de manifiesto que el elemento primordial para conocer la voluntad del causante, ha de ser el tenor del propio testamento, y dentro de su tenor atenerse a su literalidad, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador, y sólo para el caso de que surgiera la duda, se observará lo que aparezca más conforme con la intención, pero siempre según el tenor del mismo testamento. (ponente AUGER LIÑAN).

1.996 en la que se declara que la actividad hermenéutica que preconiza el art. 675 del CC para las disposiciones testamentarias, presenta características específicas e incluso distintas a las que rigen para los contratos. Pues aquella teoría interpretativa debe dirigirse esencialmente para explorar la voluntad real del testador, o sea que proclame esencialmente una tesis absolutamente subjetiva, y así se dice en la jurisprudencia de la Sala Primera. Termina el razonamiento de la reciente sentencia afirmando que la función interpretativa de los Tribunales de instancia debe ser atemperada por la tesis doctrinal que establece que la interpretación subjetiva en materia de disposiciones de última voluntad, además de ser preferente en general es la que también debe juzgarse consagrada en el Derecho Positivo español, y para que una **interpretación correcta de un testamento, debe hacerse esencialmente desde el punto de vista de testador y de su ambiente. Por lo que se impone, más que una interpretación instrumental una psicológica o personalísima**, admisible a través del recurso de casación.

3.2.2. La interpretación en las sustituciones fideicomisarias con cláusula "si sine liberis deceserit" antes de la Compilación.

Como ya se dijo, los fideicomisos constituyen una de las materias en que la interpretación actúa más intensamente. Las cláusulas testamentarias o capitulares que ordenan sustituciones fideicomisarias, por la complejidad de supuestos que quieren prever con el menor número posible de palabras escritas, necesitan frecuentemente de la interpretación. En materia de cláusulas fideicomisarias, la contracción de los conceptos hace que la interpretación literal no haga resaltar todo cuanto ha querido decir el causante. Existen giros de valor entendido, gracias a una interpretación continuada o en serie de los mismos, facilitada por la práctica notarial de redacción de documentos públicos, mediante fórmulas generalizadas.

Acudiendo de nuevo al casi imprescindible ROCA SASTRE, y a la obra anteriormente citada, podemos añadir las siguientes consideraciones:

La flexibilidad que adoptan las normas jurídicas en el Derecho romano, y especialmente en el Derecho intermedio, hace del mismo una regla viva, conectada con la exuberante variedad de la realidad jurídica. Especialmente si las conjeturas están consagradas en un texto legal y no abandonadas a la eventualidad de una prueba, también puede hablarse entonces de seguridad jurídica. Suprimir el sistema de conjeturas equivale a desnaturalizar el mecanismo de la interpretación.

El causante puede llamar expresamente a los hijos puestos en condición, ya sea por la sustitución vulgar o la fideicomisaria o por vía del derecho de representación; en tales casos no hay problema, y los hijos puestos en condición son a la vez llamados a la sustitución, teniendo por tanto una doble actuación. Pero cuando este llamamiento no es expreso, las circunstancias del caso pueden presentar un indicio de voluntad de llamamiento. Entonces, **se produce una manifestación tácita o presunta de voluntad, constituyendo lo que viene denominándose conjeturas**.

En materia de cláusulas testamentarias, y especialmente en las que disponen fideicomisos, la interpretación intencional tiene una gran importancia, atendiendo a lo que hemos dicho antes con referencia a la ley *Cum avus*, o sea que se ha de

entender que el causante “había escrito menos de lo que había dicho”, y que, por consiguiente, más que al *verba* hay que atender a la *mens* del testador. Como dice el Codex (VI-42, ley 16) “en los fideicomisos hay que atender muchas veces más a la voluntad que a las palabras, si apoyando a la verdad del caso se tiene además alguna prueba para demostrar que lo que se asevera fue la voluntad del padre” (Digesto; XXXV-1, frag.19, parr.I y frag. 101).

Pues bien, la doctrina se ha hallado con muchos casos en los cuales estas pruebas se producen, utilizando los autores del Derecho intermedio, con sus habilidades hermenéuticas, el frondoso campo de **las conjeturas, ofreciendo supuestos, cristalizados en la técnica notarial de redacción de los instrumentos, que dan pie para certificar una voluntad presunta**, cosa distinta de la voluntad tácita, ya que ésta es una voluntad real, mientras que aquella es una voluntad probable. Pondera esta autor el alcance de las conjeturas y su validez como elemento probatorio.¹⁶

Pone de relieve ROCA SASTRE que sería interminable querer exponer dentro de los límites de su monografía todo el sistema de conjeturas consagrado por la doctrina de los autores en el problema de los hijos puestos en condición, hincando que pueden examinarse con facilidad en las obras de tales autores, entre las que principalmente recomienda, por su especial claridad la obra de FUSARIUS, quien desarrolla sesenta y seis conjeturas¹⁷.

¹⁶ “Como se dice en la Resolución de 26 de junio de 1.930, las conjeturas sobre las cuales se fundamentan los autores clásicos para extender los llamamientos hereditarios a los hijos puestos en condición, se apoyan en los términos usados por el testador, en la organización de la familia catalana, y en las particularidades de los casos propuestos. El estudio profundo de que ha sido objeto la materia general de los fideicomisos, los innumerables problemas que han provocado y la repetición de ciertas expresiones dispositivas, han conducido la doctrina a **exponer algunos casos de hijos puestos en condición, en los cuales una interpretación racional pone de relieve un vestigio de voluntad de llamamiento hereditario de aquellos hijos**. Fueron tantos los casos y circunstancias particulares que los Autores del Derecho intermedio presentaron como supuestos típicos en los que se podía presumir o conjeturar una voluntad de llamamiento del causante a los hijos puestos en condición, que en las obras de los tratadistas de estas materias, generalmente se empezaba sentando la regla general de que tales hijos no se entendían llamados a la substitución, exponiéndola sintéticamente bajo una simplicidad dogmática, pero **a continuación venía toda una serie de conjeturas que, en la mayor parte de los casos, ocupaba la totalidad de la exposición**. Este sistema encuadraba perfectamente en el tecnicismo jurídico de la época y era utilizado en muchas otras cuestiones de derecho. Respondía a la tendencia imperante de la prueba legal que convertía al juzgador en un simple autómatas. Se formulaban una serie de casos particulares, unos vividos, hipotéticos los más, y cada uno de ellos se sometía al imperio de una regla probatoria predeterminada. Se trata de averiguar por adelantado todas las circunstancias más o menos importantes para cualquier caso jurídico y establecer de una manera obligatoria su valor probatorio. En este aspecto, la “*praesumptio*” presta excelentes servicios. El Juez iba dirigido por centenares de reglas y ya no tenía razón de existir ninguna especie de prueba de indicios, sino una simple mecánica de aplicación de los aforismos y de las formulas creadas de una vez para todos los casos.”

¹⁷ Vincetius FUSARIUS: “*Tractatus de substitutionibus Tractatus de Substitutionibus in duas partes distributus. Triplici indice adiecto... Accesserunt hac postrema editione, notabiles eiusdem auctoris Additiones...*”

ROCA SASTRE considera acertada la doctrina jurídica catalana desde el punto de vista del derecho vigente al no entender llamados los hijos puestos en condición mientras no se demuestre que la intención del causante fue la de llamarlos efectivamente. Y tras comentar tal doctrina insiste en que la sola circunstancia del establecimiento de la condición de que el fallecimiento sin hijos es el elemento personal, no puede implicar un llamamiento hereditario de éstos, precisa que ello es así "mientras no vaya acompañada de otras que demuestren la voluntad de llamamiento del causante".

3.3 Contexto histórico-social

Si, como reiteradamente se ha dicho, los fideicomisos constituyen una de las materias en que la interpretación actúa más intensamente, y puesto que suponemos un escenario de un fideicomitente transcurrido en el S. XIX, es necesario, si se quiere interpretar rectamente la voluntad subyacente bajo la condición de existencia o no de descendientes legítimos y naturales del fiduciario, el bosquejar mínimamente la Mallorca de esa época y la función que en la misma cumplieron los fideicomisos.

A este respecto resulta imprescindible la obra de MOREY TOUS¹⁸, cuyo tema central es la institución fideicomisaria y el papel que ejerció en la consolidación de la nobleza mallorquina como grupo social. Pone de manifiesto que los fideicomisos, las sustituciones fideicomisarias, constituyeron una pieza fundamental en la configuración de la propiedad feudal en la que existe una concentración de la propiedad inmobiliaria en manos de una minoría de familias, a lo que, básicamente contribuyeron cuatro procesos.¹⁹ Lleva a cabo un examen de las consecuencias de las reformas agrarias liberales sobre los patrimonios nobiliarios, sobre la verdadera incidencia de la abolición de los vínculos y fideicomisos, así como de la ley de 19 de agosto de 1841 en la redistribución de recursos de una sociedad cuya fuente principal de riqueza era la tierra. La pervivencia de los patrimonios indivisos y del sistema de heredero único, le va a permitir cuestionar la incidencia real de las reformas liberales en el campo hereditario.

Ya en el S. XV toda la nobleza, independientemente de su origen feudal o mercantil, comienza a utilizar la institución y en el S. XVI ya es práctica frecuente también entre las familias del "mà major".²⁰

¹⁸ Antonia MOREY TOUS: "Nobleza i desvinculació en la Mallorca de los siglos XVIII y XIX", Biblioteca Abat Oliba, UIB; Publicacions de l'Abadia de Monserrat, 1999.

¹⁹ 1º) Estrategia matrimonial basada en una proclividad hacia la endogamia estricta. 2º) Proceso de oligarquización económica y política, facilitado por el control de clase del factor de producción más importante en una economía de base agraria, la tierra. Pese a que el proceso no es tan acusado como en otras zonas de España afectadas por la institución del Mayorazgo, la capacidad de presión de la nobleza a escala local era grande. El acceso a la tierra a través del "establiment" dependía de la buena voluntad de la nobleza y de la posición de las familias payesas en las diversas redes de clientela. 3º) Contribución de la coyuntura de depresión económica de finales del XVIII y principios del XIX y 4º) Apertura de un vasto proceso de enajenación de tierras iniciado con la desamortización de Godoy.

²⁰ Los integrantes de la mà major, estamento superior del brazo real, vivían en sus possessions o en las villas como "senyors pagesos", controlaban los cargos de consellers del Gran y General Consell, de síndicos de clavaris y de alcaldes reales y constituían las élites locales de las comunidades respectivas. Para evitar la dispersión de sus patrimonios seguían unas prácticas hereditarias muy similares a las de la

Las conclusiones a que llega la Dra. MOREY en su estudio sobre la transmisión hereditaria de la nobleza mallorquina, tras analizar una muestra de 42 testamentos, son las siguientes:

1. Destaca la clara preferencia que continúa demostrando la nobleza mallorquina por transmitir los patrimonios a un heredero único y principal.

2. Un segundo aspecto que permite constatar los testamentos estudiados es que la nobleza continúa prefiriendo el heredero masculino y el orden de la primogenitura.²¹

3. Pervivencia de los fideicomisos temporales, en los cuales no se prevén sustituciones más allá de la cuarta generación del testador.²²

3.4 Aplicación a la interpretación de un testamento tipo y alcance de la sustitución ordenada.

A la vista de todo lo anterior, resta por determinar cual sería la verdadera voluntad del supuesto fideicomitente al establecer la sustitución fideicomisaria con la cláusula de los hijos puestos en condición, en los términos citados en la sección 3.1.

Y, como elementos extratestamentarios, vamos a suponer que el testador es el arquetipo de propietario rural mallorquín, de la "mà major", o tal vez de la pequeña nobleza rural, puede que con cierta simpatía hacia la causa carlista, con un patrimonio importante, esencialmente agrícola, y que seguramente figuraría por ello entre la lista de los principales contribuyentes de su municipio.

3.4.1.- Los descendientes específicamente "legítimos y naturales", puestos como condición, están llamados en sustitución. El testador pensó en tales descendientes como fideicomisarios.

La tesis que se sostiene es que, a la luz del *ius commune*, de la expresión "falleciese sin dejar descendientes legítimos y naturales, tanto varones como hembras" se sigue que el testador pensó en tales descendientes como fideicomisarios, y por ello llamados al disfrute de su herencia. Para sostenerla, trataremos de acercarnos a su análisis bajo la óptica de la doctrina y de la jurisprudencia de la Real Audiencia de Mallorca.

Vamos a ver cómo la cualidad de legítimos y naturales, añadida a los descendientes, es una conjetura claramente aceptada en el Derecho civil de Mallorca para considerar que el testador pensó en tales descendientes para que fuesen sus herederos, en tanto que sustitutos fideicomisarios del instituido como fiduciario, y con preferencia sobre el sustituto.

aristocracia, de la que pasaron a formar parte a partir de mediados del S XVIII, concretamente, a partir de las hidalguías borbónicas.

²¹ Para la investigadora no hay duda que tanto las casas con continuidad como las que no la tenían se decantaron, casi siempre, por la sucesión vía masculina: las primeras, mediante el hijo primogénito, las segundas, a través de un hermano o un sobrino

²² Estos fideicomisos no quedaron abolidos por las leyes desvinculadoras y si bien en un principio fueron asimilados a las vinculaciones de carácter perpetuo, cabe decir que después de algunos años de confusión fueron legalmente aceptados, especialmente a partir de una sentencia de 1835.

3.4.1.1 DOCTRINA

Señalaremos las conjeturas estudiadas por los doctores y establecidas en su doctrina común que son aplicables al caso, con indicación de los autores, obra de procedencia y referencia dentro de la misma.

La doctrina se refiere, en primer lugar, a que los descendientes, por el sólo hecho de ser para ser puestos en condición, sin cualidad específica o adjetivo alguno, se pueden considerar llamados por el testador si éste se refirió a ellos. Y adelantamos que, con mayor motivo, se pueden considerar claramente llamados si el testador exigió que tuviesen la cualidad de legítimos y naturales y que en ese caso deben de considerarse llamados por conjetura de voluntad.

Antes del análisis más detallado de la cuestión según la doctrina clásica, y al objeto de clarificar el concepto de “legítimos y naturales”, citaremos a la Dra. ZAFORTEZA, quien sobre esta cuestión habla del modo siguiente: «La inclusión en el llamamiento fideicomisario de los hijos no matrimoniales o sea “*naturales, spuritus, et bastardi*” en principio se consideran “*non dicuntur vocatis ad fideicomissum*”, si bien éste es un principio con numerosas excepciones, sobre todo los naturales que sí se entienden llamados, por ejemplo, si la condición es negativa (no tener hijos) y no se diga que éstos sean “*legítims y naturals*” o “*de legítim matrimoni procreats*”. Por otra parte, está claro que cuando el testador utiliza la citada expresión “*fills legítims i naturals*” hay que entender “*naturals*” en el sentido de procreados en “*legítimo y carnal matrimonio*”». ²³

Y en tal sentido adelantamos que ya se manifiestan los clásicos, que a continuación estudiamos. En consecuencia, cobra especial relieve el significado de la conjetura que sostenemos: da lugar a que deba de considerarse, en el caso de la sustitución fideicomisaria que nos ocupa, a los hijos puestos en condición, más concretamente los descendientes, como sustitutos fideicomisarios.

En efecto, no es una simple requisito, como lo sería “sin hijos” o “sin descendientes”, sino que debe considerarse como argumento la norma contenida en la ley *Cum avus* (Digesto, XXXV-1, frag. 102), según la cual cuando un ascendiente grava con un fideicomiso a un descendiente heredero, se considera, por conjetura de piedad, que solamente ha sido impuesta para el caso de que este descendiente muera sin dejar hijos, en este caso con exclusión de los ilegítimos.

Por ello, si existen descendientes legítimamente procreados, se interpreta la voluntad del testador en el sentido de que tácitamente los quiere llamados por la condición de tales, con exclusión de los ilegítimos; y sólo para el caso de existir solamente éstos, es decir, sólo ilegítimos, o no existir ningún hijo, prevé el testador la sustitución expresa. Como indica ROCA SASTRE, «Esta norma ha sido aceptada como argumento, en sentencias de la Audiencia de Barcelona de 11 de febrero de 1896, 30 de junio de 1930 y 30 de enero de 1931». ²⁴

²³ Luz ZAFORTEZA DE CORRAL: “*Notas en torno ...*”, op.cit., p.60. Indica además la fuente doctrinal: “Véase en este sentido FUSARIUS, *Tractatus de Substitutionibus*, Coloniae Allobrogum, 1675., qq. CCCXIV y CCCVI, y PERGRINUS, *De Fideicomissis*, Lugduni, 1670., art.22 n.79 y ss. y art.28 n.45. Ambos autores recogen la práctica totalidad de la doctrina existente al respecto.”

²⁴ R. M^a ROCA SASTRE, op.cit.,

Por tanto, en el supuesto de sustitución fideicomisario que tratamos, al haberse dicho “legítimos y naturales”, los naturales no se consideran llamados, y sólo se consideran llamados por el testador los hijos procreados de legítimo matrimonio.

Vincentius FUSARIUS, celeberrimo jurista italiano, aborda la cuestión que ahora nos ocupa formulándose las siguientes preguntas²⁵:

«¿Acaso los hijos puestos en condición se dicen llamados? ¿En qué otros casos los hijos puestos en condición se consideran llamados?»²⁶

En una primera aproximación, dice que «los puestos en condición de forma expresa no se consideran llamados».²⁷ «Excepto si se manifiesta conjetura en sentido contrario».²⁸ Señala, en un criterio más amplio que otros doctores, que hay que considerarlos llamados si el testador habla de descendientes, sin más:

«Los puestos en condición, cuando son de entre los descendientes, se entienden llamados».²⁹

«Los puestos en condición se consideran llamados si están bajo el nombre de descendientes, o son puestos en condición los de la descendencia».³⁰

«Cuadragesimonovena conjetura: si los hijos, o los descendientes, son puestos en condición»³¹, calificándola de «conjetura potentísima» para considerarlos llamados³²

«La conjetura cuadragésimo novena fuese cuando fueran puestos en condición los *liberi* o los descendientes».³³

En particular, al referirse a los nietos, considera que el testador los prefirió al sustituto al ponerlos en condición:

²⁵ V. FUSARIUS: “*Tractatus de Substitutionibus in duas partes distributus. Triplici indice adiecto... Accesserunt hac postrema editione, notabiles eiusdem auctoris Additiones...*”. Ejemplar perteneciente al fondo antiguo de la Universitat de les Illes Balears. Ed. 1644, editada en Venecia.

²⁶ *Q.437 Utrum filii positi in conditione dicantur vocati?* (Cita a *Mantica lib.4, pr.76, n.96 vers. secundo & praesumpt. 89 in fine*).

²⁷ *Positi in conditione expresse, non censentur vocati, Q.437, n.2 contra n.3.*

²⁸ *Limitatur si coniectura extent in contrarium, q.437, n.5 decl. n. seqq.*

²⁹ *Positi in conditione quando sunt de descendantibus, censentur vocati, contra n.º2, Q.437, n.23.*

³⁰ *Positi in conditione censentur vocati si sub colectivo nomine liberorum, vel descendantium sint positi in conditione. n.206 contra n.205. Q.437, n.204.*

³¹ *Quadragesimonona, si liberi, vel descendentes sunt positi in conditione, n.204 contra n.205 decl. n.206.*

³² *Expl: Quadragesima nona coniectura esset, quando liberi vel descendentes essent positi in conditione, Marc.Ant.Bauier. in. § haeres, insti. de haerede. inst. Zanch. in 1. haeredes mei, §. haeres. cum ita, n.298. ff. ad Trebell. Cels.Vgo. consil. 20. num. 39. vers. comprobo praedicta uno marmoreo fundamento, Cephal. consil. 419, num. 10. lib. 3. Deciam, cons. 41, nu. 24. lib. 1 et cons. 103, nu. 25, libro. 2, Menoch. consil. 420, num. 11. lib. 5. Intrigl. de substitu. cent. 3. q. 26. nu. 148, Rustic. Tract. de liber. in. cond. posit. lib. 5 cap. 6, n. 9 Anchar. iun, lib. 3. q. 31, nu. 5. Rota Romana in collect. A Farinac. decis. 266. nu. 10, vers. habemus, & num. 12 declar. part. 1. decis. 300. n. 3 ead parte 1 ubi alios adducit, & dicit esse potentissimam coniecturam.*

³³ *Quadragesimonona coniectura esset quando liberi, vel descendentes essent positi in conditione (...). Q.437, n.204b.*

«Los nietos se consideran sin duda puestos en condición excluyendo al sustituto, como en la disposición de la ley *cum avus*».³⁴

Además, opina que la llamada de los descendientes es diáfana si el testador se refirió a ellos con una cualidad añadida. Y, en este sentido, al detallar los distintos supuestos, en las cuestiones Q.410 y Q.437, se refiere a uno de ellos que aquí nos interesa:

«La tercera conjetura, si son puestos en condición los hijos nacidos de legítimo matrimonio, o los legítimos descendientes».³⁵

Se plantea la cuestión en estos términos: «Si los nacidos tenidos como de matrimonio, acaso hacen o no deficiente la condición “si el gravado muriese sin hijos”»³⁶. Dicho de otro modo, «si los hijos tenidos como nacidos de matrimonio hacen o no incumplir las condiciones de los fideicomisos del tipo “si el gravado fallece sin hijos, entonces...”».³⁷

Y, respondiendo, concluye que: «Ciertamente, si se trata de considerar si los hijos tenidos como de matrimonio hacen deficiente la condición del fideicomiso *sine liberis decesserit*, » dice que habiéndolos, «hacen deficiente la condición, porque tales hijos, de buena fe y probable ignorancia de su padre se consideran legítimos y serán admitidos a la sucesión de su padre».³⁸

Y amplía lo dicho tanto si el testador dijo que el gravado «falleciese sin hijos legítimos y naturales»³⁹ como si dijese «si falleciese sin hijos legítimos o nacidos de legítimo matrimonio».⁴⁰

Más adelante, en la cuestión Q.437, se plantea que si el testador no habla de “fili” sino que habla expresamente de descendientes, hay que considerar que los llamó por el hecho de ponerlos en condición bajo determinada calificación por él querida:

³⁴ *Nepotes facilè censetur positi in conditione ad exclusionem substituti, iuxta dispositionem l.cum avus, Q.413, num.1.*

³⁵ *Tertia, si filii ex legitimo matrimonio nati, vel legitime descendentes sint positi in conditione, q.437, n.64 contra n.65 decl. n.66.*

³⁶ *Q.410 Ex putativo matrimonio nati, an faciant deficere conditionem si sine liberis gravatus decesserit.*

³⁷ *Q.410 (p.491): Utrum filii ex putativo matrimonio nati faciunt deficere conditionem fideicommissi si gravatus sine liberis decesserit.*

³⁸ *Vaero, an filii nati ex putativo matrimonio faciant deficere conditionem fideicommissi, si decesserit sine filiis, tenedum erit, conditionem deficere, quia tales filii propter bonam fidem, et probabilem ignorantiam parentum censetur legitimi et ad parentum successionem admittuntur, cap.2, & cap. ex tenore, extr. qui. fil. sint legit.c.l. de eo qui dux: in uxor quam poll. per adult. & plura comprobando adducit Soc. iun.cons.63.nu.22 et seqq. lib.3 6 8 in terminis nostris ita se habent.*

³⁹ *Ampliatum est, et si dictum sit, si decesserit sine filiis legitimus et naturalibus Q.410, n.2. Ampliatum primo, & si dictum sit si decesserit sine filiis legitimis & naturalibus. Curt. iun.cons.27.n.6 & fortioribus citati in sequenti ampliatione, naturalibus Q.410, n.2.*

⁴⁰ *Ampliatum est si sine filiis legitime, vel legitimo matrimonio natis, Q.410, n.3.*

Se amplía en segundo lugar: y si fuese dicho que si falleciese sin hijos (*liberis*) legítimos y nacidos o procreados de legítimo matrimonio.

«Los puestos en condición se consideran llamados cuando se hiciese perceptible o resultase evidente que el testador los prefiriese especialmente».⁴¹ Y en este sentido, se observa que una “preferencia especial” puede ser su calidad de descendientes legítimos, rechazando a los ilegítimos y llega a la conclusión siguiente:

«Los puestos en condición, si son nacidos de legítimo matrimonio, o los legítimos descendientes, se entienden llamados».⁴²

Y explica: «La tercera conjetura es cuando el testador pusiese en condición a los hijos nacidos de legítimo matrimonio, o a los descendientes legítimos, porque con los legitimados *ab intestato* concurren con los legítimos descendientes, § *si quis igitur*, § *generaliter*, & §. *illud, in auth. quib. mod. nat. eff. legit. cum concordantibus*, si los hijos legítimos y naturales nacidos de legítimo matrimonio no fuesen llamados podrían suceder, como sea que *ab intestato* en general no sucederían, y por este motivo se dicen llamados (...)»⁴³. Este argumento, simple pero contundente, es compartido por la inmensa mayoría de la doctrina estudiada, en particular por el cardenal MANTICA, como veremos.

Y en el índice de cuestiones, refleja nuevamente las conclusiones: «Los hijos considerados como nacidos de matrimonio hacen incumplir la condiciones de los fideicomisos “si el gravado *sine liberis decesserit*”⁴⁴ y, «asimismo, si se dijo si falleciese sin hijos legítimos y naturales»⁴⁵, y «asimismo, si se dijo si falleciese sin hijos legítimos o nacidos de legítimo matrimonio»⁴⁶, y «asimismo, si se dijo si falleciese sin hijos legítimos y naturales, o de legítimo matrimonio procreados».⁴⁷

Y, para acabar de perfilar su opinión sobre la cuestión, se pregunta si habiendo sido llamados los hijos, sin más, entonces si un hijo legitimado debe admitirse al fideicomiso, y dice:

«Los hijos legitimados se admitirán al fideicomiso dejado a los hijos»⁴⁸. Asimismo también en caso de espurios legitimados⁴⁹. Excepción hecha cuando los llamados son los legítimos y naturales, como también los nacido de legítimo

⁴¹ *Positi in conditione censetur vocati, quando apparet testatorem eos magis dilexisse. Q.437, n.188.*

⁴² *Positi in conditione si sunt nati ex legitimo matrimonio, vel legitime descendentes censetur vocati.*

⁴³ *Expl: Tertia coniectura est, quando testator posuit in conditione filios natos ex legitimo matrimonio, vel legitime descendentes, quia cum legitimati ab intestato concurrant cum filiis legitime descendentibus, § si quis igitur, § generaliter, & §.illud, in auth. quib. mod. nat. eff. legit. cum concordantibus, si filii legitimi & naturales ex legitimo matrimonio nati non essent vocati succedere posset, ut ab intestato in totum non succederet, & ideo dicuntur vocati, & per hac rationem coniectura istam prabantur.*

⁴⁴ *Filii ex putativo matrimonio nati faciunt deficere conditionem fideicommissi si gravatus sine liberis decesserit Q.410.*

⁴⁵ *Ampliatur, & si dictum sit, si decesserit sine filiis legitimis & naturalibus, q.410, n.2.*

⁴⁶ *Ampliatur, & si dictum sit, si decesserit sine filiis legitime vel de legitimo matrimonio natis, q.410, n.3. contra n.4*

⁴⁷ *Ampliatur, & si dictum sit, si decesserit sine filiis legitimis, e naturalibus, & ex legitimo matr. procreatis, q.410, nu.5 contra n.7.*

⁴⁸ *Legitimus filius admittitur ad fideicommissum relictum filiis. Q.415.*

⁴⁹ *Ampliatur & in spurios legitimatus. q.415, n.2.*

matrimonio, y además los que hayan nacido de matrimonio legítimo y asimismo de padre legitimado⁵⁰».

Y concluye, en un supuesto más depurado, que la legitimación del padre ilegítimo no conlleva la llamada de los posibles hijos legítimos y naturales de ese padre:

«Si se llama a los nacidos de legítimo matrimonio, los hijos legítimos y naturales no suceden a su padre legitimado, aunque hayan nacido de legítimo matrimonio».⁵¹

En relación a la doctrina de FUSARIUS, señalemos, a modo de complemento de lo expuesto, lo siguiente: considera que si el testador dijese que no quedase nadie de la descendencia, la herencia fuese a la línea de otro, esa descendencia debe ser considerada como llamada. «Decimoquinta [conjetura que considera llamados a los hijos puestos en condición], cuando se dijo: finalizada la descendencia de la línea los bienes vayan a la línea de otro⁵². «Se amplía esta conjetura, si tácitamente fuese dejado al último entre varios, o tras el fallecimiento de todos».⁵³

El cardenal Francesco MANTICA (1534-1614), en una de sus más destacadas obras⁵⁴, aborda la cuestión que nos ocupa en los siguientes términos:

En primer lugar, se cuestiona si por el hecho de referirse a descendientes hay que entender que los llamó: «Si acaso se entienden sustitutos los hijos puestos en condición que están entre los descendientes del testador.»⁵⁵

Y dice que, aunque algunos no lo consideran suficiente, según él se puede considerar muy fácilmente a los descendientes como sustitutos, como también a los colaterales; y aunque se haga entrar en este sentido la condición tácita *I. cum avus, de cond. & demonstr. cum concord.* no considera que se haga entrar por necesidad sino por voluntad del testador.⁵⁶

⁵⁰ *Limitatur quando vocati sunt legitimi & naturales, & ex legitimo matrimonio nati, & quis sit natus ex legitimo matrimonio, sed ex patri legitimato. Q.415.*

⁵¹ *Filii legitimi et naturales, et nati ex legitimo matrimonio si sunt vocati, non succedet ex patri legitimato, licet nati ex legitimo matrimonio. Q.315. n.3.*

⁵² *Decimoquinta, quando dicitur fuit, & finita linea descendantium, bona vadant ad lineam alterius. Q.437, n.113.*

⁵³ *Ampliatu haec coniectura, & si tacite tantum relictum esset ab ultimo, vel post mortem omnium. Q.437, n.126.*

⁵⁴ F. MANTICA: "Tractatus de Coniecturae Ultimorum Voluntatum", Venecia, 1587. Biblioteca "La Sapiencia", Palma. Fue auditor de la Sagrada Rota Romana, catedrático de la Universidad de Padua, y eminente jurista que dejó obras que influyeron profundamente en la doctrina jurídica de su tiempo.

⁵⁵ *Liberi, qui sunt ex descendantibus testatoris, positi in conditione, an intelligantur substituti. Lib.11, tit.3: 1.*

⁵⁶ *Expl.: Consequenter igitur videamus, ex quibus liberi positi in conditione intelligantur substituti per fideicommissum, supponendo eos ex eo solo, quod sunt in conditione positi, non esse vocatos. Et prima quidem coniectura illa videtur, si filii positi in conditione sunt ex descendantibus ipsius testatoris, Salyc. 1.1 nu.5, de condit.insert. Sed secundum communem sententiam haec non videtur sufficere, nisi alia currat, ut testatur Soz. sen.in. consi.116.un.8 ver ex quibus papet, vol.3.& Ripa. in dicta 1. Centaurio, num.159.versi.tertio verba, de vulgar.substit.& Alciat. in dicta 1. Lucius, un.41 ss. de haeredi.instit. & Iuli Clar. libr.3 sentent quae. 76.versi.tertia coniectura. Fatendum tamen est, ut*

En particular, en el Libro XI, enumera las conjeturas bajo el título «De qué conjeturas se entiende que los hijos y descendientes (*liberi*) puestos en condición son sustitutos al fideicomiso».⁵⁷ Y concretamente, en la cuarta conjetura, dice:

«Los hijos procreados de legítimo matrimonio puestos en condición se entienden sustitutos».⁵⁸ Y lo sostiene diciendo que deben ser sustitutos si el testador dijese del gravado “si falleciese sin hijos de legítimo matrimonio, o procreados de legítimo matrimonio”, ya que, en virtud de ello, los hijos procreados de legítimo matrimonio se deberán entender sustitutos por fideicomiso, si realmente los legitimados no se admiten para excluir al sustituto, pues sólo de ellos, los que son procreados de legítimo matrimonio, es de los que habla la condición. Y, es más, no pueden tener lugar *ab intestato*, porque sucederían junto con los legitimados, y no se reclamase su legitimación o aceptación posterior como legítimos y naturales.⁵⁹

Más adelante, repite la misma conclusión si el testador no hablase expresamente de hijos sino de descendientes, y que en tal caso con mayor claridad deben entenderse sustitutos del padre: «Los hijos descendientes de calidad legítima puestos en condición se entienden sustitutos».⁶⁰

Y en la explicación doctrinal adjunta afirma: «además, y con razón, que si el testador dijese sin hijos legítimos entre los descendientes, que por realmente hecha yo respondí, porque los legitimados por decreto del emperador no pueden excluir al sustituto (...); a partir de lo cual, por razones de analogía, como deben ser preferidos [por voluntad del testador] los nacidos legítimos, se deberán entender sustitutos por fideicomiso, pues como se dijo, deberían suceder *ab intestato* con los legitimados, a los cuales el testador no quiso admitir».⁶¹

superius diximus titulo proximo in versic. Sed ego considero, descendentes multo facilis videri substitutos, quam collaterales, & licet huiusmodi conditio tacite insit l.cum avus, de cond. & demonstr. cum concord. non videtur inesse ex necessitate, sed ex voluntate, & ideo cum exprimitur, potest, & debet aliquid operari. l. si in diem §. ult. & l. si ita expressum de cond. & demonstr. & l. talis scriptura, de lagt. l. & hac ratione ista coniectura posset etiam defendi, ut sensit Ripa in loco proximo citato. Unde etiam clarissimus civis meos, Dom. Tiber. dec. iurisdic. acerrimi iudicii, qui mihi praeceptor & collega fuit, in cons. 9. un. l. vol. 3 dicit, quod licet acerrima sit haec controversia intelligantur vocati, tamen repugnantes opiniones ex frequentiori calculo hoc foedere distinctionis videntur conciliari, quod si descendentes ab ascendentibus sint positi in conditione, censetur vocati: si vero transversalibus non censeatur vocati, & num. 4 subingit hac opinionem aequiorem, cum hoc sit naturae simul. & parentum commune votum, quam etiam distinctionem sequitur in cons. 44 un. 5 eod. vol. dicens hanc opinionem veriore, & equiorem, & hodie magis comunem & sequendam, qui habet maiorem aequitatem & q. legendo, & consulendo semper putavi veriore, ut subdit nu. 6. & 7.

⁵⁷ Lib. 11, tit. 3: *Ex quibus coniecturis liberi positi in conditione intelligantur per fideicomissum substituti.*

⁵⁸ *Liberi ex legitimo matrimonio procreati positi in conditione intelligantur substituti.* Lib. 11, tit. 3: 7.

⁵⁹ *Expl.*: Quarta est coniectura, si testator dixerit, si decesserit sine liberis ex legitimo, vel de legitimo matrimonio procreatis, nam tunc liberi ex legitimo matrim. procreati intelligantur per fideicomissum substituti, siquidem legitimati (ut postea suo loco dicimus) non admittantur ad excludendum substitutum, sed ii tantum, qui ex legitimo matrimonio sunt procreati, ut conditio loquitur. Sed ab intestato hoc locum habere non potest, quia legitimati una cum eis succedunt, nec eim legitimatio susceptis postea liberis legitimis, & naturalibus revocatur, ut post. Bar. Scrip. (...).

⁶⁰ *Liberi legitime descendentes positi in conditione intelligantur substituti.* Lib. 11, tit. 3: 10.

⁶¹ *Expl.*: Idem vero dicendum est, etiam si testator dixerit, si decesserit sine liberis legitime descendentes, ut ex facta ego respondi, quia similiter legitimati per rescriptum non posset excludere

Afirma también que los hijos naturales no deben ser admitidos con los verdaderos hijos que son llamados, ni tan solo tampoco si el fideicomiso se dejó contemplando agnación.⁶²

Por su parte, el juriconsulto y escritor italiano Jacobo MENOCHIO, aborda la cuestión que ahora nos ocupa y su importancia doctrinal⁶³:

«Es famosa y muy frecuente la discusión en los juicios si acaso los hijos puestos en condición se presumen llamados, y ¿suceden *ex testamento*: o bien solo son puestos en condición para la exclusión del sustituto y suceden *ab intestato*?»⁶⁴

Y concluye que la puesta en condición de los descendientes, sin más aditivos, conlleva su llamada por el testador:

«Así distinguieron: bien el testador instituyese a los hijos o a otros descendientes suyos, o bien a extraños. En el primer caso, los hijos y descendientes dejados puestos en condición se consideran llamados»⁶⁵.

«Y sin duda esta sentencia ha lugar en mayor grado cuando, de alguna manera, se dan conjeturas y presunciones acerca de que el testador quiso llamar en el testamento a sus hijos puestos en condición. La gran mayoría de la comunidad de Doctores apreciaron sobre ello diversas distinciones»⁶⁶.

Y, así, en el Libro IV, *praesup. XCI*, señala diecisiete presunciones contrarias y ocho favorables a la inclusión. Entre ellas, la cuarta valora el hecho de que el testador haga sinónimas las palabras de *filiorum* y *liberorum*, como ya señaló el Cardenal MANTICA.

Marco Antonio PEREGRINUS⁶⁷ señala el llamamiento de los hijos legítimos y naturales, y que en tal llamamiento no se incluye a los naturales:

sustitutum, ut postea etiam suo loco dicemus: unde pari similitudine rationis, cum legitime nati debeant praeferrri, intelliguntur substituti per fideicomissum, nam ab intestato, ut dictum est, simul succederent cum legitimatis, quos tamen testator noluit admitti.

⁶² *Filii naturales tantum non debent admitti, cum veri filii sunt vocati, neque etiam si fideic. relictum sit contemplatione agnationis. . Lib.8, tit. 7: n.6.*

⁶³ MENOCHIO: “*De Praesumptionibus conjecturis, signis, et indiciis commentaria, in sex distincta libros, et recens in lucem edita ... Adiecta sunt summaria, indexque generalis locupletissimus ...*” (Ginebra, 1676). Nacido y muerto en Pavia (1532-1607), fue profesor de derecho en Mondovì, Pisa, Pavia y en Padua durante veintitrés años y al que Felipe II nombró consejero y presidente del Consejo de Milán; y autor entre otras obras de “*De arbitrariis iudicum quaestionibus et causis centuriae sex*” (Lyon, 1605) y “*De possessione commentaria*” (Colonia, 1587).

⁶⁴ *Famigerata et in iudiciis frequentissima est disputatio, an filii positi in conditione praesumptur vocati, ut succedant ex testamento: vel solum sint positi in conditione ad exclusionem substituti: et succedent ab intestato?.* «*De praesumptionibus....*», Lib. IV, *praesumpt. LXXVI*.

⁶⁵ (...) *Tertia fuit opinioem (...) sic distinxerunt: aut testator instituit filios vel alios a se descendentes: aut extraneos. Primo casu filii et reliqui descendentes positi in conditione censetur vocati*» n°14.

⁶⁶ *Et haec quidem sententia locum habet multo magis, quando aliquae extant coniecturae et praesemptions quod testator filios ilios in conditione positos vocare voluerit in testamento. Ceterum distinctionem hanc probantur magis communiter Doctores.* n°25.

⁶⁷ PEREGRINUS: “*Variarum Resolutionum Iuris Caesari*”, 1608 (ejemplar perteneciente al fondo antiguo de la Universitat de les Illes Balears). Autor entre otras obras de “*De fideicommissis praesertim*

«Los hijos nacidos de verdadero y legítimo matrimonio vienen llamados, sea como sea la disposición de hijos».⁶⁸

«Entre los hijos verdaderos puestos en condición y en disposición, no se incluyen los naturales, tanto si el testador dijese "sin hijos hechos sin artificio" o "sin hijos legales o legítimos", y en modo similar fuese expresada alguna cualidad que excluyese también a los naturales»^{69 70},

Miguel SERRA MAURA, insigne jurista mallorquín, recoge resúmenes de jurisprudencia de la Real Audiencia de Mallorca, junto a anotaciones de doctrina que las soportan, y sobre el tema que nos ocupa dice lo siguiente⁷¹:

«Los hijos puestos en condición se consideran llamados....cuando sean puestos bajo la denominación de descendientes., o cuando lo sean de legítima cualidad (...)».^{72 73}

3.4.1.2. Jurisprudencia

*Sentencia 1ª de la Real Audiencia de Mallorca de 15 de Marzo de 1663*⁷⁴

RESUMEN: Los hijos puestos en condición están llamados: Cuando el testador era ascendente; **Cuando son puestos bajo la cualidad de legítimos y**

universalibus tractatus... cum remisionibus, et indice locupl.tissimo auctore Gaspare Lonigio..., Venetiis: Apud Antonium Datta, 1760.

⁶⁸ *Filii natis ex vero, & legitimo matrimonio veniunt in quacunq[ue] dispositione de filiis. Art. XXIV, n.62*

⁶⁹ *Naturales in conditione, & dispositive de veris filii non continentur. Art. XXVIII, 39.*

⁷⁰ **Expl:** *Utrum autem in conditione, si sine filiis naturales contineantur, questionem reassumpsit Oddo de compend. parte 6. artic. 6. Ego autem puto, sic distinguendum esse. Aut testator dixit (sine veris filiis) vel (sine justis filiis,) & eo casu naturales non continentur, l.fin & inde colligunt Glos. & Paul de Castr. ff.de iure de lib. & item si dictum fuisset (de filiis legitimus & naturalibus) & sic expressa aliqua qualitate excludente naturales tantum, ad hoc text. in.l. ex facto, si quis rogatus, in ult. verbis, ff. ad Trebell. & inde notavit Ripa n.30 alios adduxi, in Artic.22.n.40. ad. eund. Peregr. Tract. varii. lib.6. cap.in praesentia n.153 de probation.*

⁷¹ SERRA MAURA: "*Decisiones Senatus Majoricensis*". Ejemplar manuscrito perteneciente al fondo de manuscritos de la Biblioteca Bartolomé March Servera de Palma. Estudió la carrera de derecho en la Universitat de Palma, donde recibió el grado de doctor en ambos derechos. Fue Juez de censos y de *pariatge* en 1733. En 1737 fue nombrado oidor de la Real Audiencia. Murió en Palma en 1754. Además es autor, entre otras, de las siguientes obras: "*Tractatü Varii. Observationes iuridicae, Decisiones Regii Majoricarum Senatus aliorumque ejusdem Regni Tribunalium...*", "*Rerum Judicatorum precique in Regia Curia Censurum et aliorum causarum...*", "*Decisiones Majoricenses super diversos variosque tum Canonicae tum Civilis Jurisprudentiae...*".

⁷² *Nº50: Filii positi in conditione censetur vocatus...*

⁷³ *Nº51: De aliis conjecturis vide Calderoni resol 61.n.12 ubi et quando sint positi sub nomine descendentes. E. resol 39, n.5 ubi de qualitate legitimii. Ibi. nº8 de digressus ad plures gradus; et n.14 quod dub. Agii descendentibus diponentii levissima sufficiunt, et n.23 quando multa collecta juvant d. Et. dicti loci alios citat et ubi ... R.R. int. quas decís 52.n.12 ad card. De Luca sub ti.de fideicomissi., "*Observationes iuridicae*", S.XVIII, Tomo 2.*

⁷⁴ Archivo del Reino de Mallorca. ARM: Sección Reial Audiència. T.390, Sentencias 1661-1664, ff. 661-666.

naturales; Cuando son separados en diversos grados de sustitución y en último lugar fuese instituido el hermano del testador y sus herederos.⁷⁵⁷⁶

Sentencia 2ª de la Real Audiencia de Mallorca de 15 de Marzo de 1663⁷⁷

RESUMEN: Los hijos puestos en condición están llamados, cuando la madre instituyó a sus hijos, y falleciendo todos sin descendientes, llamó la testadora a su hermano, a sus libres voluntades y de los suyos, aunque no se diese el concurso de un extraño con nieto de la testadora.^{78 79}

⁷⁵ *Filii in conditione positi sunt vocati. Quando testator erat ascendens, 2º Quando sunt positi sub qualitate legitimi et naturales, 3º Digressus ad plures gradus substitutionum, et ultimo loco fuit institutus frater testatoris et sui heredes. Decis 15 Mart. 1663 Rel. Marthorell Sba. Amengual int. D. Antonium et D. Magdalena San Juan ex una, et D. Eleonor Despuig, et D. Pedro de Veri. Fuit dictum, quod non rgt. concursus extranei, et filiorum in conditione positorum, sed sufficet, quod possit evenire extraneum succedere, et non filii positi in conditione. Vide sup. No.2. 36. Decis 15. Mart. 1663 Rel Marthorell Sba Amengual int. D. Antonium et D. Magdalena San Juan ex una, et D. Eleonor Despuig et D.Petr. de Veri. [Serra Maura, M., "Decisiones Senatus Maioricensis", n.11, f. 123] [Artigues, J., "Liber Exemplarium", S. XVIII, n. 64, f.118], ejemplares conservados en la Biblioteca Bartolomé March Servera de Palma.*

⁷⁶ En la sentencia se dice expresamente: «Consta del testamento de 12 de Junio de 1592 de Joanot Torrella, publicado el 28 de Enero de 1594 a raíz de su fallecimiento, que instituyó heredero a su hijo Guillermo, y falleciendo con hijos o descendientes legítimos y naturales los sustituyó y al último de ellos que falleciese por su hija única y sus nietos hijos de ella, y en caso que todos los nombrados anteriormente **falleciesen en cualquier tiempo sin hijos legítimos y naturales**, sustituyó al último de ellos que falleciese a Pedro Ignacio Torrella, hermano del testador. Aconteció que el fiduciario Guillermo, hijo del testador, dejó a su vez tres hijos legítimos y naturales llamados Pedro Ignacio, Ramón y Tomás, los cuales a su vez fallecieron **sin dejar descendientes legítimos y naturales**. Y declara la sentencia que la disposición de llamamiento del testador «tuvo lugar en favor de Tomás Torrella hijo del citado Guillermo **en tanto que puesto en condición, y por ello llamado**, ya que todos los hijos de dicho Guillermo fueron gravados por haberse hecho sustitución de ellos, como de la llamada de Joanot Rossinyol hijo de dicha hija, y además porque en último lugar fue llamado un extraño, esto es, Pedro Ignacio Torrella su hermano».

⁷⁷ Archivo del Reino de Mallorca. ARM : Sección Reial Audiència. T.390, Sentencias 1661-1664, ff. 661-666.

⁷⁸ *Filii positi in conditione sunt vocati, quando mater instituit filios suos et omnibus descendantibus sine liberis vocat fratrem testatricis, et suos heredes ad suas, et suorum heredum voluntatem, ppter. influxum vocationis extranei, et suorum heredum, licet non evenit concursus extranei cum nepote testatricis. Decis 15 Martii 1663. Rel Marthorell int. D.Anttm. de San Juan ex una, et Raph. Pons Pruc. Curatorem heredit. Thom. Torrella. Sba. Amengual sup. fideicomiso Giulieni Torrella. . Decis 15 Martii 1663. Rel Marthorell int. D.Anttm. de San Juan ex una, et Raph. Pons Pruc. Curatorem heredit. Thom. Torrella. Sba. Amengual sup. fideicomiso Giulieni Torrella. [Serra Maura, M., "Decisiones Senatus Maioricensis...", filii, n.2] [Artigues, J., "Liber Exemplarium", n.59, p.117v]. Biblioteca Bartolomé March Servera.*

⁷⁹ **Doctrina:** Agnès Quint, en testamento ante Joanot Genovard el 27 de enero de 1578 instituyó heredero usufructuario a su marido, y propietarios a Ignacio y Nicolás Torrella sus hijos en porciones iguales, y a su vez entre ellos les sustituyó en caso de fallecer sin descendientes, y al último de ellos que falleciese lo sustituyó por Guillermo Torrella su hijo, y si de la misma manera falleciese sin descendientes legítimos y naturales sustituyó a Isabel su única hija y Magdalena su nieta, y a su vez falleciendo ellas sin descendientes sustituyó a Nicolás Quint su hermano, y los suyos, como sus herederos a sus libres voluntades. Y se dice expresamente en la sentencia que: «resulta del testamento que tanto dicha hija y nieta como Tomás fueron los descendientes de la testadora puestos en condición

Sentencia de la Real Audiencia de Mallorca de 12 de Enero de 1641

RESUMEN: Un fideicomiso fue dispuesto bajo esta fórmula: **si Ticio mi heredero no fuese, o en cualquier tiempo muriese sin hijos legítimos y naturales,** o con hijos en edad tutelar, o bien **en cualquier tiempo después sin hijos legítimos y naturales,** sustituyo a aquellos. La duda fue si acaso los hijos de Ticio fueron llamados; y la **decisión fue que fueron llamados,** por ser **pupilos, y gravados, o por haber sido dispuestos como fideicomisarios.**^{80 81}

bajo la cualidad de legítimos y naturales, y fue hecha por la testadora separación en diversos grados de sustitución, y en último lugar fueron sustituidos extraños, es decir su hermano y los suyos » Y se añade que «y de la parte contraria se pretendió que dicha conjetura no era suficiente para desprender el llamamiento de dicho Tomás Torella, puesto que la llamada de extraños hecha en último lugar no está comúnmente aceptada, como tampoco la llamada de sus herederos respecto del último sustituto puede influir en este caso en la de los hijos de anteriores sustitutos puestos en condición porque entre los doctores existe controversia de si acaso existe influencia de la llamada de los hijos del último sustituto sobre los hijos del primero, y así de hijos a hijos (...).» Y se sentencia que «según la presente sentencia, sí ha lugar dicha conjetura porque en este caso está prevista la sustitución de un extraño en último lugar, y con mayor razón y mayor presunción de la voluntad de la testadora es la que dispuso entre sus hijos y descendientes (legítimos y naturales), y no es verosímil que quisiese anteponer a un extraño a su propia hija única, aunque el caso no se diese al purificarse el fideicomiso, sino que es suficiente que se pudiera dar al ordenarse el testamento».

⁸⁰ Fideicommissum dispositus fuit sub hac formula, si Titius mihi heres non erit, et obierit quodcumque sine liberis legitimis et naturalibus, seu illius filius in pupillari estate, vel postea quodcumque sine liberis legitimis et naturalibus, substituo illi, vel illi sejum. Fuit dubitatem an filiis Titii sint vocati; et Decis. fuit esse vocatos per pupillarem, gravatosque, et fideicommissariam propter illa verba illi vel illis. 12 Jan. 1641. Bme. Mesquida Sba. Florit nott. Int Bartho. Morro pras. et Hieronymam Ramis et Morro. J. Artigues, Liber Exemplarium, S. XVIII, n. 34, f. 113 y 113v.]

⁸¹ **Doctrina:** «Atendiendo a que Pedro Morro (1) de la villa de Selva, lugar de Mancor, en instrumento recibido por Pedro Morro notario el 21 de Agosto de 1586, en contemplación de matrimonio posteriormente celebrado donó en donación universal todos sus bienes presentes y futuros a Pedro Morro (2) su hijo, con el pacto añadido que si dicho Pedro donatario **falleciese sin hijos varones legítimos y naturales descendientes por línea masculina, los bienes donados vayan de pleno derecho al mismo donador o a los suyos.** Lo cual es de ver en su testamento, como en otras disposiciones relativas a dicha donación; y consta que dicho Pedro Morro (2) posteriormente falleció habiendo otorgado testamento en poder de Jerónimo Rosselló notario el 30 de Junio de 1602 en el que instituyó por su heredero universal a Lorenzo Morro (3) presbítero, su hijo, tanto de los bienes reservados en donación como en fideicomiso, al que sustituyó por lo vulgar y en fideicomiso con las palabras “y a su vez si dicho Lorenzo Morro (3) presbítero mi hijo no fuese mi heredero o lo fuese y falleciese en cualquier tiempo, le sustituyo en dicho vínculo y fideicomiso a dicho Bartolomé Morro (4) mi hijo, y a su vez si dicho Bartolomé Morro (4) mi hijo no fuese mi heredero o lo fuese y falleciese en cualquier tiempo sin descendientes legítimos y naturales, o él o los suyos en edad pupilar, o después en cualquier tiempo sin descendientes legítimos y naturales le sustituyo a él o a los suyos y mi heredero hago a Juana (5) mi hija”, lo que es de ver en dicho testamento.

Y consta que, viviendo el donador Pedro Morro (2), falleció dicho Lorenzo Morro (3) presbítero y falleció Bartolomé Morro (4), habiendo dejando sobrevivientes a sus hijos Pedro (6), Juana (7) y Jerónima (8), y que en testamento en poder de Melchor Moger notario el día 9 de Mayo de 1626, instituyó a dicho Pedro Morro (6) su hijo, el cual consta que falleció habiendo otorgado testamento en poder de Juan Arnau notario de Alzira en el Reino de Valencia el día 16 de Noviembre de 1627, publicado el 24 de Marzo de 1632, y en el que instituyó heredera universal a su hija Jerónima Morro (9), común a su esposa Francina Malferit (14) ya fallecida.

Existe una excepción a la consideración de que el testador pensó en los descendientes legítimos y naturales como fideicomisarios: si hizo una sustitución vulgar expresa, tales hijos no se consideran llamados por el testador. En efecto, se reconoce por la Real Audiencia una excepción si existe sustitución vulgar expresa. Es decir, los hijos con la cualidad añadida de “legítimos y naturales”, puestos en condición en fideicomiso, no se considera que han sido llamados por el testador como fideicomisarios si aquel dispuso una sustitución vulgar a su favor. Véanse a continuación, como ejemplo, las sentencias 5-Diciembre-1692 y 19-Diciembre-1744. Existen otras en este sentido, como la de 31-Marzo-1740 y de 21-Agosto-1742.

Sentencia de la Real Audiencia de Mallorca de 5-Diciembre-1692

En este caso se decidió que no había lugar considerar el llamamiento como fideicomisarios de los hijos del instituido, a los que el testador añadió su cualidad de legítimos y naturales, por dos razones independientes: por haber sido citados como sustitutos vulgares de su padre instituido, y por no haber lugar tampoco la conjetura de influjo (que operaría a su favor por el hecho de haber llamado expresamente como sustitutos a los hijos de una hija del testador), puesto que no se llamó a tal hija en sustitución del instituido, caso de fallecer éste sin hijos legítimos y naturales. Véase en el resumen manuscrito realizado por el jurista mallorquín Francesc MATHEU⁸².

Consta que el anteriormente citado al principio Pedro Morro (2) donatario falleció sin dejar descendientes el 2 de Diciembre de 1636 con testamento otorgado ante Sebastián Servera el 26 de Enero de 1633, y en el que instituía como heredera universal a dicha Jerónima Morro, hija de dicho Pedro Morro menor (6), bajo la condición o gravamen de tener a alguien con el apellido Morro; y albaceas de la herencia nombró a Bartolomé Morro (12) presbítero y a Jaime Morro (13) escribano; consta además Decreto de día 9 de Noviembre de 1626, dado ante la ausencia de dicho Pedro Morro (9) menor, en que fue asignada albacea de dicha Jerónima Morro hija de dicho Pedro, a Jerónima Morro y Malferit (11) su abuela materna, la cual en su nombre pidió y suplicó a esta Real Audiencia el fideicomiso

Y porque de dicho Bartolomé Morro (4) sobrevivieron dos hijas, la citada Jerónima (8), y su hermana Juana Garau y Morro (7) y próximos de dicha Jerónima, hija de dicho Pedro Morro (6) menor, su hermano, en consecuencia nietas de dicho Bartolomé llamadas en fideicomiso; y atendiendo a lo resulta de dicha disposición testamentaria de Pedro Morro mayor consta que no tan sólo llamase a dicho fideicomiso a Bartolomé Morro (4) su hijo, **sino también a sus descendientes, en cuya denominación vienen tanto varones como hembras, de primer, de segundo, y de ulteriores grados**, a los que asimismo gravó si estuviesen en edad pupilar como manifiestamente indican las palabras “le sustituyo a él, o a los suyos y hago mi heredera a Juana, mi hija”. De lo que se sigue que el predicho fideicomiso pertenece a dichas Jerónima Morro y Ramis (8), y Juana Morro y Garau (7), hermanas, hijas de dicho Bartolomé y nietas de dicho testador, y a dicha Jerónima Morro (9) hija de Pedro, y bisnieta de la citada testadora, entrando en el lugar de su padre, **en tanto que todas se vieron llamadas por el nombre colectivo de descendientes.**»

⁸² Extracto realizado por F. MATHEU en “Decisiones de la Real Audiencia y otros tribunales...” p.217, n.101. Biblioteca de la Societat Arqueològica Lul·liana. «Doña Eleonor Font y Sureda en su testamento en poder de Juan Sabater notario el 29 de Marzo de 1675 legó a Antonio Sureda Valero su hijo un censo de 350 libras mallorquinas por toda su porción y legítima, y le instituyó su heredero particular, y en caso de que le premuriera, instituyó a todos los hijos de dicho D. Antonio; y para el caso de que dicho su hijo D. Antonio **falleciese sin hijos legítimos y naturales, dicho legado debería ser para los hijos de su hija** D^a Eleonor Desbrull y Sureda, en sustitución de dicho D. Antonio Sureda. Y de tal disposición no resulta fideicomiso a favor de los hijos de dicho D. Antonio Sureda: ya que del orden y del tenor de dichas disposiciones, **tan sólo resulta que a sus dicho hijos los llamase en sustitución**

***Sentencia de la Real Audiencia de Mallorca de 19-Diciembre-1744.*⁸³**

RESUMEN: Los hijos puestos en condición **no** se consideran llamados, a pesar de que sean puestos bajo la cualidad de legítimo matrimonio, **si son llamados vulgarmente de forma expresa**, y el último sustituto fuese el hermano del testador y los suyos a sus libres voluntades.⁸⁴

Por otra parte, e indirectamente, la jurisprudencia mallorquina reconoce el llamamiento de los hijos legítimos y naturales puestos en condición por estar excluidos del llamamiento los hijos adoptados (legítimos, pero no legítimos y naturales en el sentido de procreados de legítimo y carnal matrimonio), como en la sentencia siguiente:

vulgar, en caso de que al tiempo de la sucesión hubiese premuerto dicho D. Antonio Sureda Valero, lo que no sucedió, ya que sobrevivió a su madre y adió la herencia, y por cuya adición expiró la sustitución vulgar ordenada a favor de los suyos; y no de ello que dichos hijos de D. Antonio Sureda puestos en condición se viesen llamados, en tanto no concurre la conjetura de influxo, ni gravámenes, y aunque que los hijos de dicha Eleonor Desbrull sean llamados en su caso conduce o lleva al llamamiento de los hijos de dicho Sureda puestos en condición, sin embargo son llamados a favor especial sin un precedente llamamiento de Eleonor Desbrull, y para que tal llamamiento pueda operar el influxo, se requeriría que precediese el llamamiento de la citada Eleonor, para que los hijos del último sustituto valiesen para operar el llamamiento en los hijos puestos en condición al principio por motivo de influxo, y los hijos de la misma Eleonor Desbrull no fueron sustitutos de los hijos de dicho Antonio Sureda en tanto el mismo Antonio falleciese sin hijos, por lo que resulta no estar gravado el mismo Antonio de restitución de este censo a sus hijos (...)

⁸³ Decis. en S.C. en segundo grado, súplica 1500 duplicado entre Gabriel de Villalonga y Dña. Magdalena Gual, mujer de D. Gregorio Dameto, día 19 de Diciembre de 1744, revocando sentencia de la Real Audiencia dada día 31 de Mayo de 1740, y confirmación de la misma por el S.C. de Castilla día 21 de Agosto de 1742. *Decisiones Senatus Maioricensis...*, filii, n.36.) *Filii in conditione positi non cententur vocati, quamvis sint positi sint sub qualitate de legitimo matrimonio et expresse vocati vulgariter, et ultimus substitutus fuerit frater testatoris, et sui ad omnes suas voluntates, et suorum.* Decis. In S.C. en segundo grado, supplicationis 1500 duplexum int. *Gabrielem de Villalonga, et. D. Magdalena Gual uxorem D. Gregorii Dameto die 19 Desembris 1744, revocando sententia R. A. latam die 31 de Maii 1740, et illius confirmatoriam S.C. Castellarum latam die 21 Augusti 1742.*

⁸⁴ El Cardenal De LUCA, "*De confidentiali haeredit institutione et substitutione. Tractatus Coesareus*", **Cap. CXLIV.** *Testatore post digressum ad plures substitutiones, ultimo loco aliquem substituente, & velle, quod decedens sine filiis possit disponere de bonis a se relictis, utrum ex facultates relicta disponendi in cassu obitus sine filiis indicatur fideicommissum in favorem filiorum? Ex argumento a contrario sensu dubium resolvitur, cum Peregr. & aliis.*

El testador, si tras varias sustituciones en diversos grados, en último lugar pusiese a alguien como sustituto y desease, que falleciendo sin hijos pudiese disponer de los bienes, o es que, por el contrario, de las facultades de disposición dejadas en caso de fallecimiento sin hijos se seguiría fideicomiso a favor de los descendientes ?

La duda a partir del argumento en sentido contrario está resuelta con **Peregrinus**, y otros: 1) *Testatore post digressum ad plures substitutiones, ultimo loco aliquem substituente, & velle, quod sine liberis decesserit, disponere possit de bonis, an filii censetur vocati?* --Si tras la puesta en orden en diversos grados de sustitución, en último lugar el testador pusiese como sustituto a alguien, y quisiese que si falleciese sin hijos pudiera disponer de los bienes, ¿acaso los hijos puestos en condición se consideran llamados? --**Peregr.** & **Fontanell.** *stant pro fideicommissio ad favorem filiorum.*--Peregrinus y Fontanella son de la opinión de que el fideicomiso es favorable a los hijos.

*Sentencia de la Real Audiencia de Mallorca de 19-Septiembre-1668*⁸⁵

RESUMEN. Los hijos, si en una parte del testamento son llamados «legítimos y naturales», y en otra simplemente «hijos», dicha cualidad de legitimidad se considera repetida; y en consecuencia fue excluido un hijo adoptivo de la inclusa a la sucesión de su padre, o a la de otros, que llamaban solamente a los hijos y que en anteriores llamamientos añadieron legítimos y naturales.

5. Conclusiones

- La Compilación de 1.961, en su artículo 28, zanja cualquier discusión en torno al tema que nos ocupa, al disponer el legislador que “los hijos puestos en condición no se entenderán llamados a la herencia si no lo son de 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.”

- Como norma general, en Mallorca se entendió, con anterioridad a la Compilación, que el testador no pensó en los hijos puestos en condición como sus herederos fideicomisarios, salvo que se dieran **ciertos supuestos**, además del que recoge la actual compilación.

- Entre ellos, el **supuesto** de que testador llamase en último lugar a un extraño, puesto que con mayor motivo quiso que los hijos puestos en condición fuesen llamados por ser más queridos (conjetura llamada de *influxus*).

- Otro **supuesto** es el que estudiamos de forma monográfica en este trabajo: la cualidad de legítimos y naturales, añadida a los descendientes, está claramente aceptada tanto por la doctrina del *ius commune* como en el Derecho civil de Mallorca para considerar que el testador pensó en tales descendientes (sólo los procreados de legítimo y carnal matrimonio) para que fuesen sus herederos, en tanto que sustitutos fideicomisarios del instituido como fiduciario, con exclusión de los ilegítimos, y con preferencia sobre el sustituto.

⁸⁵ (« Decisiones Senatus Maioricensis.... filii, n.26 »; « Liber Exemplarium », n.113, p.126.) *Filii si in una parte testamenti sint vocati legitimi et naturales et in alia filii absoluté, dicta qualitates legitimitatis cencetur repetita, et sic fuit exclusus filius adoptivus ab Hospitali a successione ejus patris, vel alterius, qui vocavit filios solum, et antea in aliis vocationibus adjecerat legitimos et naturales, 19 Septembris 1668. Rel Mora Sba. Lledo int. Antonia Oliver et Nadal, et Magdalena Oliver et Vila c.n. nota quod vocatione, qua volebat comprehendi adoptivus vocantur filii et descendentes.*

Resumen

Es planteja el clàssic problema dels fills posats en condició, i s'estudia una fórmula d'expressió de substitució fideicomissària establerta amb anterioritat a la Compilació de Dret civil de 1961, veient la interpretació que en fan la doctrina del dret comú i la jurisprudència de la Reial Audiència de Mallorca.

Abstract

The classic problem of "hijos puestos en condición"* is posed, and an analysis is made of a form of legal expression known as "sustitución fideicomisaria"***, established prior to the 1961 Compilation of Civil Law, exploring the interpretation that is made of it in Common Law and according to the jurisprudence of the Mallorca Royal Court of Justice.

*Translator's note: *children in a condition to inherit.*

**Translator's note: *a trust in which the trustee is nominated heir but must transfer the inheritance on to the beneficiaries*