

XIII.- 1. B) LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA EN LAS ILLES BALEARS

Miquel Masot Miquel

*En homenaje y recuerdo de Miguel Coll Carreras, cofundador y primer
Presidente de nuestra hoy Real Academia, que tanto y tan bien escribió
sobre la sustitución fideicomisaria de Mallorca y Menorca.*

SUMARIO

I.- Introducción

II.- LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA EN MALLORCA Y MENORCA

- 1.- Los límites de la sustitución fideicomisaria (art. 25 CDCB)
- 2.- La conversión de la sustitución fideicomisaria en sustitución vulgar (art. 26 CDCB)
- 3.- Los fideicomisos puros, condicionales y a plazo (art. 27 CDCB)
- 4.- Los hijos puestos en condición (art. 28 CDCB)
- 5.- La cuarta trebeliánica (art. 29 CDCB)
 - A) Antecedentes históricos y finalidad
 - B) Naturaleza jurídica
 - C) El derecho a la cuarta
 - D) El inventario

- 6.- Los derechos y obligaciones del fiduciario (art. 30, 31 y 32 CDCB)
 - A) Facultades del fiduciario
 - B) Obligaciones del fiduciario
- 7.- La disposición de los bienes fideicomitidos (arts. 33 y 34 CDCB)
 - A) Disposiciones autorizadas *ex art.* 33
 - B) Disposiciones autorizadas *ex art.* 34
- 8.- La delación fideicomisaria (arts. 35 y 36 CDCB)
- 9.- El fideicomiso de residuo (art. 37 CDCB)

III.-LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA EN EIVISSA Y FORMENTERA (REMISIÓN)

IV.- POSIBLES REFORMAS LEGISLATIVAS

- 1.- Aspectos de la sustitución fideicomisaria no regulados
- 2.- Aspectos de la sustitución fideicomisaria cuya regulación en la Compilación puede ser objeto de reconsideración
 - A) La limitación de llamamientos (art. 25 CDCB)
 - B) Conversión de la sustitución fideicomisaria en vulgar (art. 26 CDCB)
 - C) Hijos puestos en condición (art. 28 CDCB)
 - D) Cuarta trebeliánica (art. 29 CDCB)
 - E) Derechos y obligaciones del fiduciario (arts. 30, 31 y 32 CDCB)
 - F) Disposición de los bienes fideicomitidos (arts. 33 y 34 CDCB)
 - G) La delación fideicomisaria (arts. 35 y 36 CDCB)
 - H) Fideicomiso de residuo (art. 37 CDCB)

V.- LA EXTRAÑA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA SOBRE LA LEGÍTIMA: EL NUEVO JUGUETE QUE EL HADA DEL DERECHO HA PUESTO EN MANOS DE LA DOCTRINA

- 1.- Naturaleza jurídica de esta sustitución y su consecuencia: la no detracción de la cuarta trebeliánica
- 2.- Su establecimiento a favor de personas con capacidad judicialmente modificada

- 3.- ¿Es preciso que el fideicomitente haya dispuesto a favor del fiduciario con capacidad judicialmente modificada de la parte libre de la herencia?
- 4.- ¿Puede el nieto con capacidad judicialmente modificada ser fiduciario de esta sustitución?
- 5.- ¿Debe estar la legítima del fiduciario incapacitado incluida en la sustitución?
- 6.- La posible pluralidad de legitimarios incapacitados.

I.- INTRODUCCIÓN.

La Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears ha venido estudiando, a través de su Comisión Académica de Derecho Privado, instituciones diversas de nuestro Derecho civil propio. Dicha Comisión inició su aproximación a estos temas con un estudio titulado “Medidas sucesorias a favor del descendiente con incapacidad. Ley estatal 41/2003 de 18 de noviembre de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad”, planteando la cuestión de si esta ley era o no aplicable –o que aspectos de la misma no lo eran– dentro de nuestro sistema jurídico. A este estudio siguieron otros dedicados a las legítimas, a los contratos sucesorios, a las reservas hereditarias, a la definición y a las parejas estables. Era lógico, pues, que una de las instituciones que reclamara la Academia para centrar sobre la misma sus estudios fuera la sustitución fideicomisaria. Y ello tiene su total lógica si partimos de la tradición jurídica de nuestras islas que, no solamente han conocido la institución en la práctica notarial y en las sentencias de los tribunales, sino que se ha destacado como una de las instituciones propias con más arraigo histórico, como se atestigua con las conocidas –y posiblemente exageradas– palabras de Ripoll y Palou que, en su Memoria, publicada en 1885, decía que “por consecuencia de la facultad que nuestras antiguas leyes concedieron para establecer fideicomisos y vinculaciones, llegaron éstas a ser tan numerosas en nuestro territorio que apenas se leía un testamento que no contuviera una sustitución fideicomisaria”¹; lo cual es tanto más curioso si se toma en consideración que entonces podían extenderse hasta la cuarta generación. Por su parte, Zaforteza de Corral abre su obra dedicada al fideicomiso indicando que “hasta bien entrado el presente siglo (XX) rara es la familia mallorquina, menorquina o ibicenca, en la que no hay una herencia

1.- Ripoll y Palou, Memoria sobre las instituciones del Derecho civil de las Baleares, Palma 1885 pág. 15.

o bien gravado de restitución fideicomisaria. Lo que fue puesto de manifiesto en diversos informes elevados al Rey por la Real Audiencia de Mallorca, el Fiscal de la misma, el Ayuntamiento de Palma y la Sociedad Económica de Amigos del País, a lo largo del siglo XVIII². También es significativo el hecho de que no haya faltado una detallada regulación de la sustitución fideicomisaria en los tres apéndices que precedieron a la Compilación de 1961, en ésta y en la de 1990.

Sin embargo, es también cierto que estamos ante una institución especialmente controvertida. La ponencia realizada por mi compañero Carlos Jiménez Gallego, expresiva del tratamiento de la institución en la historia y en el Derecho comparado, nos pone de relieve que no ha gozado del favor de todas las legislaciones ni mucho menos; y, dentro de la doctrina, se alzan asimismo voces propugnando la desaparición de la institución. Por todos, pueden citarse las rotundas palabras de O'Callaghan³ al decir “En conclusión, el análisis detallado del fideicomiso lleva a la opinión de que actualmente debe desaparecer en el Derecho como ha desaparecido en la sociedad. Debe legalmente suprimirse este vestigio de vinculación como ésta desapareció hace más de un siglo. Es una institución muerta, y el Derecho debe sancionar, con su eliminación, esta muerte”.

Pero posiblemente resultaría precipitado dejarse llevar por el afán avasallador que se desprende de estas palabras.

Por una parte, encontramos la institución en las sentencias de los Tribunales, y particularmente en las del Tribunal –la Sala Civil y Penal de nuestro Tribunal Superior de Justicia– que tiene la misión de resolver los recursos de casación en materia foral. Teniendo en cuenta que la media por año de recursos de casación conocidos por dicho Tribunal no debe pasar de dos, la realidad es que, desde que comenzó sus funciones el meritado órgano judicial, han sido seis las sentencias dictadas en esta materia, sentando importante doctrina, a las cuales haremos cumplida referencia a lo largo del presente trabajo. Son las sentencias 1/1991 de 28 de febrero, 1/1993 de 21 de mayo, 1/2000 de 8 de febrero, 1/2003 de 12 de marzo, 2/2009 de 27 de julio y 1/2010 de 1 de febrero. Propugnar la desaparición de la normativa reguladora de la institución plantearía un gravísimo problema a los órganos judiciales que deben resolver las cuestiones litigiosas suscitadas por la misma.

2.- Zaforteza de Corral, El fideicomiso en el Derecho civil de Mallorca y Menorca, Palma 1992 pág. 23.

3.- O'Callaghan Comentarios a la Compilación de Cataluña, Edersa 1979 pág. 14-15.

De otra parte, la encontramos –o la encontrábamos– asimismo en la práctica notarial, tanto en su función prístina de reservar para la familia los bienes hereditarios –con las limitaciones que modelan la institución– como para asegurar las necesidades futuras de hijos o descendientes discapacitados o con capacidad judicialmente modificada, estableciendo fórmulas diversas, pasando la más común por designar fiduciario al hijo que se encuentre en esta situación y fideicomisarios a los otros hijos o descendientes siempre que cumplan con la condición de cuidar al incapacitado. Incluso la ley estatal de 18 de noviembre de 2003, a la que antes se ha hecho referencia, ha introducido la interesante y novedosa posibilidad de establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima –dejando en suspenso, excepcionalmente, el principio de intangibilidad de la legítima–, de la que sería fiduciario el hijo con capacidad judicialmente modificada y fideicomisarios los otros legitimarios; es curioso, en definitiva, que una institución que algunos han calificado de obsoleta y regresiva haya sido escogida por el legislador estatal para salir en ayuda de las familias con hijos afectados de incapacidad. A lo largo del presente trabajo haremos referencia a esta importante novedad, dada su inserción en un proyecto del Govern balear de modificación de la Compilación.

No puede olvidarse, igualmente, que la regulación de la sustitución fideicomisaria para Mallorca y Menorca presenta vistosas características que la distancian del régimen del Código civil, como son, en primer lugar, el derecho a la detracción de la cuarta trebeliánica, el cual he considerado uno de los principios generales del Derecho sucesorio de Mallorca y Menorca ⁴, en razón a su evidentísimo arraigo, a su conformidad con la tradición jurídica y a las razones de justicia que abonan su reconocimiento, pues justo es que el fiduciario participe de algún modo de la herencia que recibe con la obligación de transmitirla a los fideicomisarios. También es un signo distintivo –y tal vez un principio general– del Derecho de Mallorca y Menorca el excepcional *ius disponendi* de que está dotado el fiduciario para acudir a la subrogación real, enajenando los bienes del fideicomiso a condición de invertir el importe obtenido en otros bienes de mayor rentabilidad y utilidad en sustitución de los enajenados; todo ello previa autorización judicial y siempre que el testador no lo haya prohibido expresamente.

Y concurre también otra circunstancia –y aquí necesariamente debemos decir aquélla de *last but non least*– que debe ponderarse al tratar de esta institución. La sustitución fideicomisaria es meramente potestativa. La establece quien quiere disponerla y no afecta en absoluto a la sucesión de los

4.- Masot Miquel, Los principios generales del Derecho sucesorio balear, en Derecho civiles de España, Madrid 2000.

causantes que estructuran sus disposiciones de último voluntad prescindiendo de la misma. Además, concuerda con los principios generales que ordenan las sucesiones, pues si éstas se estructuran sobre la consideración de que la voluntad del causante es la ley suprema de la sucesión, hay que respetar dicho voluntad cuando, por considerarla adecuada a las circunstancias de su sucesión, ha querido imponerla. Cuando el causante la dispone afecta, cual es de rigor, a los herederos fiduciarios y fideicomisarios, ya que ni unos ni otros son herederos plenos; pero ello no deja de ser una afección similar a la del heredero gravado con legados o sometido a condición suspensiva. Todos ellos tienen, si así lo creen conveniente, la alternativa de repudiar la herencia.

Todo lo hasta ahora dicho determina que se considere conveniente someter la sustitución fideicomisaria al atento examen de nuestra Real Academia, analizando la normativa con la que la misma se regula en nuestra Compilación.

He de finalizar esta introducción tratando de la sistemática del presente trabajo.

De entrada, resulta evidente que hay que separar el estudio de la sustitución fideicomisaria en Mallorca y Menorca, donde fundamentalmente sigue fiel a los insuperados esquemas jurídicos de la tradición romano justiniana, respecto de Eivissa y Formentera, donde no tuvieron virtualidad estos esquemas, acogiendo los basados en la tradición popular y marcados por la impronta del Código civil. Diferenciación que resulta de la propia Compilación, que, en lo que respecta a las Pitiusas, aborda el tema de la sustitución fideicomisaria con un único precepto —el art. 78— que se limita a decir que “El disponente puede ordenar sustituciones en sus bienes o en parte de ellos mediante cualquier acto de liberalidad inter vivos o mortis causa. Los fideicomisos y sustituciones fideicomisarias se interpretarán conforme a la tradición jurídica balear”. Previamente se ha indicado en el art. 70 que todo lo relativo a la sucesión testamentaria se regirá por el Código civil, con las excepciones contenidas en el Libro III. Obviamente ello impone un tratamiento separado de la institución en uno y otro regímenes jurídicos, cual se va a hacer a continuación.

En lo que respecta a la sistemática con que afrontar el trabajo —en el apartado correspondiente al Derecho de Mallorca y Menorca— se ha optado por seguir la impuesta por el propio articulado de la Compilación, como mejor manera de exponer dicha normativa a la par que abordar la problemática que la misma presenta. Y se dedica un capítulo a la exposición de las posibles líneas de reforma de la normativa para tratar de dar solución a dicha problemática.

Por último, es obligado dedicar unas líneas a la novedosa figura introducida por la ley estatal de 18 de Noviembre de 2003 al configurar una sustitución fideicomisaria sobre la legítima, dada su inserción en un proyecto del Govern balear de modificación de la Compilación. La llamo “la extraña sustitución fideicomisaria”.

II.- LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA EN MALLORCA Y MENORCA.

La misma está regulada en los artículos 25 a 37 CDCB, la cual ha seguido fundamentalmente los preceptos homónimos de la Compilación de 1961, habiéndose hecho tan sólo algunas correcciones técnicas de escaso relieve y ampliando, por exigencias constitucionales, la consideración de hijos –en los hijos puestos en condición– a los no matrimoniales y adoptivos, salvo disposición en contra del testador. Vamos a analizarlos a continuación.

1.- Los límites de la sustitución fideicomisaria (art. 25 CDCB).

Es esencial, en una institución marcada por la existencia de varios herederos sucesivos, la imposición de una limitación a la misma, evitando una permanente inseguridad jurídica y obstaculizando la circulación de la riqueza. Y tal exigencia no ha sido simplemente una imposición de las leyes desvinculadoras y desamortizadoras, sino que las encontrábamos ya en el en Derecho romano. Así, en el Capítulo II de la Constitución CXXVII (Novela 159) leemos “... pero, habiendo fallecido ellas (las causantes de los reclamantes), de suerte que parezca que ya han pasado cuatro generaciones, no consentimos que cuestión tan antigua sea llevada a juicio...” Estas cuatro generaciones, como limitación de la sustitución, se mantuvieron en nuestro Derecho hasta la Compilación de 1961 que terminó con la doctrina tradicional –expuesta en los proyectos de Apéndice– que la situaban en el cuarto grado.

Superando las anteriores polémicas sobre los conceptos de grado y generación, el art. 25 distingue, de entrada, entre sustituciones fideicomisarias familiares y no familiares, siguiendo el criterio de Roca Sastre⁵, quien señaló que la fórmula más procedente sería distinguir entre fideicomisos familiares y no familiares y, en base a esta clasificación, estimar que, en los primeros, se habla de grado en el sentido de generación, y en los no familiares se trata de llamamientos. Así lo indicó claramente la Compilación de 1961, aunque dejando al aire la cuestión de lo que debe entenderse por sustitución

5.- Estudios sobre Sucesiones Tomo II pág. 122 Madrid 1981.

fideicomisaria familiar. La doctrina ha considerado unánimemente que el concepto jurídico de familia es el que se maneja en Derecho sucesorio, con lo cual la familia vendría dada por la consanguinidad y procedencia de un tronco común, con inclusión del cónyuge. Acudiendo a la aplicación supletoria del Código civil –ante la falta de precisiones en la Compilación sobre la materia– la familia supondría una entidad formada a consecuencia del parentesco entre sus miembros (arts. 915 y ss), el cual da derecho a heredar *ab intestato*, llegándose a la conclusión de que serán sustituciones fideicomisarias familiares las que se disponen entre personas que tienen entre sí los vínculos de parentesco que dan derecho a heredar *ab intestato*.

La Compilación de 1961 y la de 1990 ponen el límite en la segunda generación, terminando con las referencias al cuarto grado de los proyectos de Apéndice de 1903, 1920 y 1948, así como con las discusiones sobre si la palabra “grado” era equivalente a generación. Hoy, el art. 25 CDCB delimita un campo de posibles fideicomisarios que comprenderá a todos los parientes situados entre la generación propia del fideicomitente y las dos generaciones siguientes, tanto si se trata de la línea recta (cónyuge, hijos y nietos) como de la colateral (hermanos, sobrinos e hijos de sobrinos). Dentro de este campo el fideicomitente puede realizar los llamamientos que tenga por conveniente.

En las sustituciones no familiares sólo podrán hacerse dos llamamientos, pero con la particularidad de que no tienen porqué ser personas existentes, resultando ello de una interpretación *a contrario* del párrafo 2º del art. 25 CDCB, expresivo de que no existirá limitación de número en los llamamientos a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador. Es evidente, empero, que, dada la inexistencia actual de estos posibles fideicomisarios, tienen que establecerse todas las circunstancias precisas para que pueda tener lugar su ulterior determinación. De entrada, puede parecer que, con el criterio de la norma, volvemos a entrar en una vinculación excesiva; aunque debe tenerse en cuenta, en este punto, la incidencia de la temporalidad de la vida humana, pues estos fideicomisarios, sin existencia real al crearse el fideicomiso, deberán tenerla al producirse la delación fideicomisaria, así como, en su caso, al transmitirse la herencia al segundo de los fideicomisarios llamados, ya que es evidente que, de no ser así, decae la sustitución y el fiduciario –o el primer fideicomisario– devienen herederos plenos. Está acorde la doctrina en considerar que, en estos dos llamamientos, el fiduciario está excluido del cómputo, por lo que pueden darse hasta tres herederos en línea vertical: un heredero fiduciario y dos sustitutos. Ello resulta del tenor literal del art. 25 CDCB que habla de *llamamientos sucesivos de fideicomisarios*. Concuerdá asimismo la doctrina en que si el fideicomitente

nombra un sustituto vulgar al fiduciario estaría excluido del cómputo, al ser de la mayor evidencia su no consideración de fideicomisario.

Coll Carreras plantea la interesante cuestión de que las sustituciones no familiares constituirían –en lo que a límites de las mismas respecta– la regla general, mientras que las familiares serían la excepción, de lo cual extrae la consecuencia de que, en las sustituciones familiares –siempre que no se hagan más de dos llamamientos–, cabe la posibilidad de que los herederos fideicomisarios escogidos rebasen la segunda generación, pues, para que la sustitución fuera nula, tendrían que exceder de dos los llamamientos de referencia. “Si el exceso no se produce – dice– y se está frente a sustituciones fideicomisarias familiares en provecho de parientes del fideicomitente situados en la tercera o en la cuarta generación, no podrá predicarse en modo alguno la nulidad de las mismas, porque en este supuesto, esfumada la excepción, entrará en juego, como ocurre de ordinario en Derecho, la regla general que, repito, ha sido establecida para todo juego de sustituciones fideicomisarias.”⁶

Curiosamente, Zaforteza de Corral en su extensa y documentada obra⁷, no hace referencia alguna a la cuestión. Sí la recoge Llodrá Grimalt⁸, aunque sin comentario alguno por su parte.

Lo cierto es que del examen del art. 25 CDCB no puede deducirse, a mi juicio, que exista una regla general aplicable a todas las sustituciones y una excepción exclusiva para las familiares, dado que el precepto separa nítidamente una y otra. Tampoco hay huella de ello en los proyectos de apéndice de 1903, 1920 y 1948, ya que, en ellos, se hablaba tan solo de la validez de las sustituciones fideicomisarias “hasta el cuarto grado”. Y es sintomático que en la obra de Zaforteza de Corral, contenedora de amplias exposiciones históricas sobre todos los aspectos de la institución, no se mencione el tema. Tampoco parece lógico considerar que las sustituciones no familiares imponen una regla general, en cuanto a sus límites, siendo las familiares la excepción, cuando éstas son muchísimo más frecuentes que aquéllas. Por otra parte, considerar que en las sustituciones familiares pueden hacerse llamamientos a favor de parientes de la 3ª y 4ª generación, mientras los llamamientos no excedan de dos, conculca lo proclamado en el inicio del precepto, expresivo de que “solamente tendrán eficacia los llamamientos sucesivos de fideicomisarios a favor de personas que no pasen de la segunda

6.- Coll Carreras, Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, tomo XXXI vol 1º, Edersa 2000 pág. 552.

7.- El fideicomiso en el Derecho civil de Mallorca y Menorca, Palma 1992.

8.- Lecciones de Derecho civil balear, coordinadas por María Pilar Ferrer Vanrell, Palma 2003 pág. 380.

generación...”. Las palabras empleadas por el legislador –*solamente tendrán eficacia*– son suficientemente expresivas para excluir que puedan tener eficacia los llamamientos a parientes que estén más allá del indicado límite.

En definitiva, *de lege facta*, dada la rotundidad del precepto, no parece caber la interpretación extensiva a generaciones ulteriores a la segunda; y, *de lege ferenda*, no parece oportuna una reforma legislativa que no supondría sino una más prolongada vinculación de los bienes familiares.

Los nombramientos hechos más allá de los límites impuestos por el precepto serán nulos, pero subsistirá la eficacia de los llamamientos anteriores, solución ya preconizada en el Derecho romano y que encontramos en el art. 786 Cc. Tal vez ello podría indicarse en una reforma del texto compilado, aunque se infiere de la tradición romana y, como refuerzo, de la aplicación supletoria del Código civil.

2.- La conversión de la sustitución fideicomisaria en sustitución vulgar (art. 26 CDCB).

Es absolutamente clara la distinción entre una y otra. Mientras en la sustitución vulgar el sustituto es llamado *si heres non erit* (si el heredero no llega a existir), la fideicomisaria funciona *si heres erit*, pues exige un primer heredero que ha de transmitir la herencia a los sucesivamente llamados. Sin embargo esta claridad no siempre la encontramos en las cláusulas testamentarias –particularmente si se trata de testamentos ológrafos– y, en ocasiones, las mismas son tan oscuras que pueden surgir dudas sobre si nos hallamos ante una u otra sustitución. A resolver estas dudas se orienta una jurisprudencia que ha considerado siempre querido el efecto más débil, inclinándose por la sustitución vulgar, consagrando una doctrina que se resume en la máxima *in dubis contra fideicomisso*.

Es evidente de que puede darse el caso de que el fideicomitente no haya establecido una sustitución vulgar para el fiduciario, con lo que quedaría sin efecto el fideicomiso en el caso de premoriencia, renuncia o incapacidad de aquél, al faltar el primero de los herederos llamados por el testador. Para prevenir tales supuestos, que obligarían a acudir a la sucesión intestada, la Compilación de 1961 –seguida por la actual en este punto– ya estableció que la sustitución fideicomisaria implica siempre la vulgar, con lo que vendría llamado primeramente a la herencia el fideicomisario que, de no venir gravado con ulteriores nombramientos, sería ya heredero pleno; y, de existir fideicomisarios sucesivos, ocuparía una situación jurídica similar a la del fiduciario, sin facultad de disposición de los

bienes hereditarios –salvo los supuestos autorizados *ex lege*–, aunque con posibilidad de detracción de la cuarta trebeliánica. Indudablemente se trata de una innovación positiva de la Compilación de 1961, ya que no la encontramos en los anteriores proyectos de Apéndice. Tampoco existe en el Código civil por lo que la doctrina y la jurisprudencia se han mostrado en ocasiones contradictorias, si bien se han ido decantando por soluciones similares a la expuesta. La cual encontramos, asimismo, en el art. 426-8 del Código de sucesiones catalán.

La doctrina ⁹ ha tenido ocasión de decir que el precepto pretende suplir una voluntad del testador que se manifestó de forma incompleta por no haber previsto que el fiduciario no llegara a ser heredero, siendo, en definitiva, la sustitución vulgar tácita una integración de la voluntad del testador deficientemente expresada. Pero el imperio de la norma legal no es absoluto: si el testador ha hecho una previsión en este punto es a la misma a la que debe darse el oportuno cumplimiento. De ahí que el adverbio *siempre* empleado por el legislador resulte excesivo, pues puede el testador haber previsto una sustitución vulgar a favor de personas distintas de los fideicomisarios, para el caso de que el fiduciario premuera al testador, renuncie a la herencia o sea incapaz de heredar.

3.- Los fideicomisos puros, condicionales y a plazo (art. 27 CDCB).

La *comunis opinio* doctrinal ha venido distinguiendo, desde un punto de vista teórico, tres clases de fideicomisos: puros, condicionales y a plazo.

Los fideicomisos puros suponen que el fiduciario haría entrega de manera inmediata al fideicomisario de los bienes integrantes de la herencia, con lo cual es claro que no se está ante un verdadero fideicomiso, pues el fiduciario no puede ser considerado como heredero, siendo más bien un ejecutor de la voluntad plasmada en el testamento, en una situación similar a la del albacea.

EL fideicomiso a plazo supondría que la delación fideicomisaria tendría lugar al expirar el plazo expresado por el fideicomitente, pudiéndose, incluso, pensar teóricamente en plazos sucesivos, en cuyo caso sólo el último fideicomisario sería heredero pleno, viniendo a ser los anteriores una especie de fiduciarios, con la particularidad de que sólo el primer fiduciario podría detraer la cuarta trebeliánica. El fideicomiso a plazo es realmente anómalo. Zaforteza de Corral, en su documentado estudio sobre los fideicomisos, afirma que tanto “en el examen de los protocolos notariales como en las Decisiones

9.- Coll Carreras, ob cit. pág. 562.

de la antigua Real Audiencia no se ha encontrado un solo caso de sustitución fideicomisaria a término”¹⁰.

Por exclusión, queda claro que el fideicomiso típico en nuestro Derecho es el condicional. Y tan es así que el art. 27 de la Compilación de 1961 hablaba del “fideicomisario condicional”, por considerar que el fideicomisario sólo pasaría a serlo una vez muerto el fiduciario –o los anteriores fideicomisarios, de existir varios–, siendo por tanto su muerte una condición de la que dependía la adquisición de la herencia fideicomitida. Es cierto que no existe en la muerte la incertidumbre típica de la condición, al tratarse de un hecho inexorable. Pero ya la tradición romanista había apuntado que la incertidumbre está en *cuando* tal evento tendrá lugar, convirtiéndose así el fallecimiento del fiduciario en un suceso *certus an et incertus quando*, con lo cual podía ser considerado condición, de acuerdo con el principio *dies incertus quando in testamento conditionem facit*. El hecho de que la inmensa mayoría de sustituciones fideicomisarias se estructuraran sobre la base condicional de la muerte del fiduciario no impide que puedan existir otros supuestos en los que el tránsito de la herencia se supedita a otro evento, como puede ser la finalización de una carrera, el hecho de contraer matrimonio o alcanzar el fideicomisario una determinada edad. De todos modos no dejaba de ser una reiteración la del art. 27 de la Compilación de 1961¹¹, por lo que, en buena lógica, la Compilación de 1990 suprimió el adjetivo “condicional”.

La consecuencia de esta consideración del fideicomisario como un sujeto cuyos derechos están sometidos a una condición (*conditio pendent*) es la de que no es titular de los mismos, sino que tan solo ostenta unas simples expectativas, las cuales son protegidas por la ley –como veremos con la exigencia de garantías al fiduciario y la realización de inventario–, pero que determinan la no adquisición de derecho alguno sobre la herencia fideicomitida hasta el cumplimiento de la condición –o el plazo– al cual está subordinada la delación fideicomisaria.

Ello explica la declaración del art. 27 CDCIB, solución antitética de la establecida por el art. 784 Cc¹², el cual se fundamenta precisamente en que el Código civil no considera condicional la sustitución dispuesta para cuando muera el fiduciario, a diferencia de la tradición romana, presente en

10.- Zaforteza de Corral, ob. cit. pág. 44.

11.- Art. 27. EL fideicomisario condicional que muera antes de que la condición se cumpla no transmite derecho alguno a sus sucesores.

12.- Art. 784 El fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario. El derecho de aquél pasará a sus herederos.

los Derechos territoriales de Mallorca y Menorca, Navarra y Cataluña. La sentencia de 21 de mayo de 1993 de la Sala Civil y Penal de nuestro TSJ ha sostenido la aplicación en Mallorca del art. 27 CDCB, en contra del criterio del art. 784 Cc, siguiendo una larga tradición jurisprudencial (SSTS 5 enero 1918, 9 abril 1928 y 30 octubre 1929 y de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 24 marzo 1936)

Sin embargo está claro que el art. 27 CDCB dista de ser una norma que se impone con imperatividad de primer grado, por lo que es evidente que el disponente puede ordenar su sucesión en la forma que tenga por conveniente con las únicas limitaciones de las legítimas y de los principios generales que ordenan la sucesión. Por ello el propio precepto da al fideicomitente la posibilidad de ordenar una sustitución vulgar en fideicomiso, designando a las personas que ocuparán el lugar que hubiera correspondido al fideicomisario sustituido, que, normalmente, serán los herederos de éste, pero pudiendo ser en definitiva quienes el fideicomitente considere oportuno.

4.- Los hijos puestos en condición (art. 28 CDCB).

Este precepto recoge la conocida cláusula *si sine liberis decesserit*, la cual, como es sabido, supone que la delación fideicomisaria sólo tendrá lugar en el caso de que el fiduciario fallezca sin hijos. La cláusula ha sido muy empleada en el Derecho histórico de Cataluña, Aragón, Navarra y las Illes Balears, pudiéndose también encontrar actualmente en algunos testamentos, aunque no desde luego con la frecuencia de antes. La sentencia 1/2003 de 12 de marzo de la Sala Civil y Penal de nuestro TSJ decía que esta cláusula era la más usada en nuestro Derecho desde el siglo XIV.

El primer problema que plantea la cláusula es el de determinar si estos hijos puestos en condición han de ser o no considerados como sustitutos de sus padres. Tanto la tradición romana como la doctrina catalana abogaron por la respuesta negativa, en base a una interpretación literal de la cláusula –pues a los hijos no se les designa como sustitutos–, combinada con la consideración de que los fideicomisos han de constar expresamente, ya que, en caso de duda, hay que tenerlos por no puestos, según el brocardo *in dubis contra fideicomisso*. Todas estas consideraciones dieron lugar a la máxima latina *positus in conditione non possitus in substitutione*.

Pero tal doctrina tiene, en el Derecho de Mallorca, una excepción, consistente en que los hijos puestos en condición serán llamados como sustitutos de sus padres si la sustitución fideicomisaria está condicionada al doble evento de que el fiduciario muera sin hijos y éstos a su vez sin hijos.

Posiblemente el fundamento de la excepción estaría en la consideración de deducirse de la doble condición el propósito del disponente de que los bienes de la herencia no salgan de la familia –pues quien tiene hijos es a ellos a quien normalmente se los deja–, por lo que no deja de tener una cierta lógica que se les considere sustitutos *quando filii sunt sub duplici conditione*.

Tanto la regla general como la excepción tienen el refrendo histórico que supone su aprobación en las Cortes de Monzón reunidas en 1510, las cuales emitieron un Decreto que fue mandado observar por el Rey Fernando el Católico según Privilegio de de 27 de Marzo de 1511. EL mencionado Decreto aparece transcrito literalmente en la Memoria de Ripoll¹³, aunque Zaforteza de Corral ha considerado críticamente que “en lo que se refiere al Decreto de las Cortes de Monzón de 1510, éste no sólo no se ha encontrado, sino que no consta la asistencia de los representantes mallorquines a dichas Cortes”¹⁴. Suscita alguna duda tal consideración, dada la transcripción literal del mismo de que se ha hecho mención. Sea como sea, no puede dudarse de que la doctrina expuesta era la tradicional entre nosotros, pues, aparte de venir recogida en la Memoria de Ripoll, la encontramos en los Proyectos de Apéndice de 1920 y 1948 –no en el de 1903– y aparece proclamada por la jurisprudencia, en sentencias de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 30 abril 1926 y 6 junio 1927, y, en especial, en la STS de 24 octubre 1964.

Antes de aprobarse la Constitución de 1978 se planteó la cuestión de si la palabra “hijos” debía extenderse a cualquier clase de hijos, incluyendo, por tanto, a los adoptivos, o si debía quedar limitada a los hijos biológicos, pues, en definitiva, se estaba ante un fideicomiso familiar. La reforma de 1990 incidió en este punto, estableciendo que “se considerarán hijos tanto los matrimoniales como los no matrimoniales y los adoptivos, a no ser que el testador, de modo expreso, establezca limitaciones al respecto”. Es indudable, en este punto, que el causante puede ordenar la sucesión según tenga por conveniente –con el único sometimiento a las legítimas y a los principios sucesorios– por lo que puede escoger libremente la clase de hijos que quiere poner en condición.

Por otra parte, las SSTS de 29 febrero 1952, 9 junio 1950 y 1 mayo 1941 –en casos referidos a Cataluña pero que pueden extrapolarse a nuestro Derecho– han entendido que bajo la denominación de hijos se hallan comprendidos también los nietos, con la sola excepción de los supuestos en que éstos aparezcan excluidos de manera expresa, alegando como fundamento

13.- Ripoll y Palou, Memoria sobre las instituciones del Derecho civil de las Baleares, Palma 1885 pág.23.

14.- Zaforteza de Corral, ob cit pág. 25.

los textos del Digesto 50. 16. 201 y 220. Igualmente ha señalado la doctrina¹⁵ que la condición de morir sin hijos el fiduciario se tiene por incumplida cuando a su fallecimiento deja concebido un hijo. La fundamentación no puede estar más clara: *si quis praegnantem uxorem, non videtur sine liberis decessisse* (Digesto 50.17.187)

Una última cuestión puede plantearse sobre la manera en que entrarían en la herencia fideicomitada los hijos puestos en condición en caso ser llamados al fideicomiso por el juego de la doble condición. Parece evidente que heredarían por partes iguales de no haber establecido el causante otra cosa; y, de haber fallecido alguno de los hijos, ocuparían su lugar sus descendientes por estirpes. No los sucesores no descendientes, pues no parece lógico que entren por esta vía en el fideicomiso familiar personas que no tienen la consideración de hijos o descendientes del causante. De existir porciones vacantes, acrecerán a los otros herederos fideicomisarios.

5.- La cuarta trebeliánica (art. 29 CDCB).

A) Antecedentes históricos y finalidad.

De nuevo la sabiduría y visión práctica del Derecho mostrada por los juristas romanos dan lugar a una institución que tradicionalmente ha venido formando parte de nuestro Derecho. En una etapa del Derecho romano en la que se generalizaban los fideicomisos, se dieron cuenta del evidente punto débil de los mismos: si el fiduciario no aceptaba la herencia no había otra alternativa que acudir al *ab intestato*, con las consiguientes prevenciones mostradas en contra del mismo, ya que se consideraba, en buena lógica, que siempre es preferible que la sucesión se estructure según la voluntad del causante y no según la ley. Por ello el senadoconsulto Pegasiano estableció, como reclamo para que el fiduciario o primer heredero acepte la herencia, su derecho a detraer para sí una cuarta parte del activo hereditario líquido. De esta forma el heredero fiduciario tiene, al menos, una cuarta parte de la herencia, de la misma manera que la tiene –merced al juego de la *lex falcidia*– el heredero gravado con legados que exceden de las tres cuartas partes de ella. Late, en ambas cuartas, la consideración de que el título de heredero debe tener un sustrato patrimonial, dada su consideración de sucesor del *deciuis* y consiguiente pieza clave de la sucesión romana.

La cuarta trebeliánica –que mejor debería llamarse “pegasiana”, al haber sido establecida por el senadoconsulto Pegasiano– ha estado vigente

15.- Zaforteza de Corral, ob cit. pág 56.

históricamente en el Derecho civil de Mallorca y Menorca, dada su base romana. Se habla de la misma en textos históricos de estas islas y, así, la encontramos en la Real Cédula de Felipe V promulgada el 31 de Agosto de 1736, expresiva de que, en la liquidación del fideicomiso no se deben entregar al fideicomisario las “detracciones legales” que son la legítima –en su caso– y la cuarta trebeliánica que corresponden al fiduciario. La establecen y regulan todos los proyectos de Apéndice que han precedido a la Compilación de 1961, así como ésta y la actual, viniendo asimismo proclamada por la jurisprudencia, pudiéndose citar, en este sentido, las sentencias de la Sala Civil y Penal del TSJ 1/1991 de 28 de Febrero y 1/2000 de 8 de Febrero.

Además de la finalidad propia de servir de acicate al fiduciario para aceptar la herencia, la cuarta humaniza la sustitución fideicomisaria. El fiduciario, como primer heredero, tiene las ineludibles obligaciones de liquidar la herencia, pagando legítimas y deudas de la herencia, entregando los legados, satisfaciendo los impuestos... Si, además de ello, debe conservar y transmitir la misma sin poder realizar deducción alguna a su favor, su mero disfrute y posesión puede no ser, en muchas ocasiones, motivo suficiente para asumir las obligaciones que, como primer heredero, le corresponden. Por ello la doctrina civilista mallorquina y catalana ha considerado la institución como un signo distintivo o característica propia de la sustitución fideicomisaria en nuestros sistemas jurídicos, en contraposición al Código civil que no regula la cuarta trebeliánica. Precisamente, he tenido ocasión de decir¹⁶ que el juego de la cuarta trebeliánica constituye un principio general del Derecho civil de Mallorca y Menorca en lo que respecta a las sustituciones fideicomisarias.

B) Naturaleza jurídica.

El art. 29 párrafo 2º, al decir que “la trebeliánica consiste en la cuarta parte de la herencia fideicomitada previa deducción de los gastos y deudas y de las legítimas, incluso de la que corresponda al propio fiduciario” le da el carácter de *pars bonorum hereditatis*, no siendo por tanto un simple crédito contra el fideicomisario sino el derecho a percibir una cuarta parte del activo hereditario líquido en bienes de la herencia.

Sin embargo, el art. 33 CDCB introduce una brecha en esta consideración al proclamar que el fiduciario podrá enajenar y gravar, en concepto de libres, los bienes fideicomitados, para percibir su cuota legítima y la cuarta trebeliánica, entre otros casos. Si se parte de la cuarta como una *pars bonorum hereditatis* lo lógico sería que se percibiera la misma en bienes de la herencia;

16.- Masot Miquel, Los principios generales del Derecho sucesorio balear, publicado en Derecho civiles de España pág. 4912.

a pesar de lo cual el mencionado precepto da al fiduciario la oportunidad de cobrarla en dinero, al otorgarle, a tal fin, la facultad de venta de los bienes fideicomitidos. Como ha dicho la doctrina¹⁷ el que la cuarta se satisfaga en bienes de la herencia o en dinero dependerá de lo que, en este sentido, haya dispuesto el fideicomitente, y en el caso de que guarde silencio, será de libre opción del heredero fiduciario que, al fin y al cabo, es el titular de la misma. Lo cierto es que al dar al fiduciario estas facultades, la trebeliánica pasa a transformarse, de deuda de bienes, en deuda de valor, pues el fiduciario puede vender bienes hasta que, con el producto de la enajenación, obtenga el valor establecido para la cuarta de acuerdo con el inventario que preceptivamente se habrá realizado.

En todo caso, la sentencia 1/2000 de 8 de febrero de la Sala Civil y Penal del TSJ ha precisado que, para el cómputo de la cuarta trebeliánica, no solamente debe tenerse en cuenta el valor de los bienes que ya constituían el patrimonio fideicomitido en el momento de la muerte del fideicomitente, sino también el valor de las mejoras y accesiones incorporadas a aquellos bienes durante el período en que éstos han permanecido en poder del fiduciario. Es evidente, por tanto, que este valor será distinto según el momento en que el fiduciario –o sus herederos– ejerciten su derecho a exigir la cuarta trebeliánica, ya que incidirán las posibles accesiones y mejoras, así como las pérdidas y menoscabos no imputables al fiduciario. Como influirán también las oscilaciones de valor que, según criterios de mercado, puedan experimentar los bienes integrantes de la herencia.

C) El derecho a la cuarta.

La facultad del fiduciario de detraer la cuarta está sometida a una serie de exigencias y requisitos.

En primer lugar, no debe existir disposición en contra del fideicomitente, ya que éste puede disponer la sustitución negando al fiduciario el ejercicio de este derecho. También puede limitarlo, estableciendo, por ejemplo, que en vez de una cuarta percibirá otra parte del activo hereditario líquido distinta de la cuarta, pudiendo también aumentarla. Y asimismo puede establecer que, en pago de su derecho a la trebeliánica, perciba uno de los bienes de la herencia. Ya se sabe que, en principio, la voluntad del disponente es la primera ley de la sucesión; y así se infiere del primer párrafo del art. 29 CDCB al señalar que la posible detracción tendrá lugar si el fideicomitente “no lo hubiere prohibido expresamente”. El hecho de que el precepto haga uso de este

17.- Zaforteza de Corral, ob. cit pág. 193.

último adverbio supone que la denegación de la cuarta no puede deducirse de cláusulas confusas que no supongan una clara y verdadera prohibición.

En segundo lugar, para exigir la cuarta es preciso que el fiduciario acepte la herencia fideicomitida. Cuando no llegue a hacerlo, sea por renuncia, repudiación, indignidad o premoriencia queda sin efecto el derecho a la cuarta. En caso de existir no solamente un fiduciario sino varios sucesivos, gravados todos ellos con restitución de la herencia al último fideicomisario, sólo quien primero acepte la herencia tendrá derecho a la cuarta, de acuerdo con la tradición romana. La solución contraria, dando a cada uno de los herederos sucesivos un derecho a la cuarta parte de la herencia, podría determinar que al llegarse al último de ellos ya no hubiere herencia. Y si alguno de ellos no acepta, podrían hacerlo los fideicomisarios sucesivos *ex* art. 26 CDCB que, para tal caso, los considera sustitutos vulgares.

Para que se tenga derecho a la cuarta ha de tratarse de un fideicomiso de herencia. No hay derecho a la cuarta cuando se está ante una sustitución fideicomisaria sobre un legado. En cambio, cuando la sustitución afecte a una cuota hereditaria, sí podrá jugar la cuarta respecto de dicha cuota, para lo cual habrá de determinarse la misma, previa deducción de deudas, legítimas y pasivo de la herencia y división de la misma en las correspondientes cuotas.

Tampoco cabe hablar de derecho a la cuarta cuando el fideicomiso se ha establecido en una donación universal de bienes presentes y futuros, salvo que expresamente se haya concedido tal derecho en la misma. Sabido es que en las donaciones universales pueden establecerse sustituciones conforme a lo preceptuado para la sucesión testada, según declara el art. 13 CDCB, el cual precisa, empero, que, en estos casos, no podrá detraerse la cuarta trebeliánica de no haberse pactado expresamente. Zaforteza de Corral critica duramente la disposición legal¹⁸. A mi juicio sin fundamento, pues una cosa es un fideicomiso dispuesto en un testamento, en el que no ha tenido la más mínima intervención el fiduciario, y otra cosa es el establecido en un contrato sucesorio, cuyas estipulaciones se basan en el común acuerdo entre donante fideicomitente y donatario fiduciario, con la consecuencia de haber éste aceptado la sustitución sin reserva alguna sobre este derecho. El que se esté ante un contrato sucesorio supone que es lo convenido en el contrato lo que debe desplegar su eficacia jurídica entre las partes del mismo, con lo que la referida crítica no concuerda con este elemental principio.

18.- Zaforteza de Corral ob. cit pág. 81.

Cumplidos estos condicionamientos y efectuado el inventario al que nos referiremos seguidamente, el derecho a la cuarta queda incorporado al patrimonio del fiduciario, pudiendo detraer la misma cuando lo tenga por conveniente, bien sea de manera inmediata, bien en cualquier momento posterior o una vez fallecido –en el supuesto más habitual de sustitución fideicomisaria condicional–, en cuyo caso sus herederos podrán incluirla entre los derechos objeto de liquidación al tener lugar la delación fideicomisaria. Éste era precisamente el supuesto contemplado en la Real Cédula de 31 de agosto de 1736 a la que antes se ha hecho referencia. Al estar incorporado a su patrimonio este derecho, puede el fiduciario transmitirlo según tenga por conveniente. Expresamente dice el primer párrafo del art. 29 que “este derecho es transmisible a sus herederos”. Pero no puede interpretarse *a sensu contrario* el precepto llegando a la conclusión de que no es posible la transmisión *inter vivos*. Como dice la doctrina¹⁹, si el fiduciario tiene incorporado el derecho a la cuarta en su patrimonio puede transmitirlo en la forma en que tenga por conveniente, ya que no se trata de un derecho que figure entre las cosas respecto de las cuales esté prohibida su disposición, como son las cosas fuera de comercio y, en el sistema del Código civil, la herencia futura. La sentencia de la Sala Civil y Penal del TSJ de 28 octubre 1991 así lo ha considerado.

Además de todos los condicionamientos apuntados es esencial la práctica del inventario al cual paso a referirme seguidamente.

D) El inventario.

El inventario que, de manera general, tiene que hacer todo fiduciario *ex art. 30 CDCB* constituye además un *præius* imprescindible para que el fiduciario pueda detraer la cuarta, según impone expresamente el art. 29 CDCB.

EL propio precepto exige al inventario una serie de condicionamientos que son los siguientes:

a) Que el inventario de la herencia fideicomitada sea notarial o judicial. Con lo que queda claro que no es suficiente un inventario que conste en documentos privados, aunque tampoco es preciso que se trate de un inventario practicado al solo efecto de detracción de la trebeliánica, pues la sentencia 1/2003 de 12 de marzo de la Sala Civil y Penal del TSJ nos dice que “es absolutamente claro que el inventario efectuado por los contadores partidores es aprovechable a los efectos de deducción de la cuarta

19.- Coll Carreras ob cit. pág. 598.

trebeliánica...se acoge así la doctrina de ambas sentencias que aceptaron el inventario efectuado por la madre del heredero fiduciario y del fideicomisario menores de edad, realizado en escritura de relación de bienes destinada a inscribir las fincas en el Registro de la Propiedad.” Parece que el inventario judicial debería realizarse de acuerdo con los trámites establecidos por el art. 794 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no previendo la ley 15/2015 de 2 de julio de jurisdicción voluntaria un procedimiento judicial específico dentro de los relativos al Derecho sucesorio, por lo que regirán las disposiciones generales y las normas comunes previstas en dicha ley. Por lo que respecta al inventario notarial se regularía por los arts. 1010 y siguientes del Código civil y 67 y 68 de la Ley del Notariado.

b) Que el inventario esté terminado dentro de los 180 días siguientes a la delación de la herencia, salvo que los bienes se encuentren en municipios distintos o que el fiduciario resida fuera de la isla, en cuyo supuesto el plazo será de un año. Es claro que, hoy en día, con las comunicaciones y medios técnicos existentes, debía unificarse el plazo que, con seis meses, sería suficiente. La Compilación de 1990 –siguiendo a la de 1961– hace correr el plazo desde la delación de la herencia, lo cual es criticado por Zaforteza de Corral²⁰ diciendo que el precepto puede plantear controversia cuando el fiduciario acepte a beneficio de inventario, dado que el art. 1014 Cc señala como *dies a quo* el día en que el heredero tuviere de ello conocimiento, o, como dice el precepto “supiere ser tal heredero”. Sin embargo no puede hablarse de una contradicción, dado que la doctrina ha considerado que la delación se produce al estar el heredero en situación de poder aceptar la herencia, lo cual evidentemente coincide con el conocimiento por su parte de tal posibilidad. Como se decía en las fuentes romanas –Digesto 50, 16, 151– *delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi*. La Compilación de 1990 ha añadido certeramente que el retraso no imputable al fiduciario no computa.

c) Que se convoque con 30 días de antelación a los fideicomisarios si fueren conocidos y, de no serlo, al Ministerio Fiscal. Evidentemente, la presencia de los mismos refuerza la credibilidad del inventario. Puede que, de los fideicomisarios, algunos sean conocidos y otros no; en este caso, basta la existencia de uno del segundo grupo para que deba intervenir el Ministerio Fiscal, cuyo posible intervención debe tener lugar aunque el inventario fuere notarial. Si los fideicomisarios conocidos no tienen capacidad de obrar actuarán en su nombre sus representantes legales. El fideicomisario con capacidad de obrar que ha intervenido en la formación del inventario, declarando su

20.- Zaforteza de Corral, ob cit. pág 101

conformidad al mismo, no puede después impugnarlo dada la existencia de un acto propio. Sí pueden hacerlo los que no han intervenido personalmente sino que lo han hecho a través de sus representantes legales o del Ministerio Fiscal. Cuando el fideicomiso viene sometido a condición es evidente que la titularidad del fideicomisario no es definitiva, dependiendo de aquélla; por ello, se dice en el art. 29.b CDCB que se considerarán fideicomisarios conocidos los que, en el momento de practicarse el inventario, ostenten la calidad de fideicomisarios, aunque tal titularidad esté sujeta a la condición.

d) Que el inventario se efectúe en el lugar donde el causante hubiere tenido su último domicilio habitual.

6) Los derechos y obligaciones del fiduciario (art. 30, 31 y 32 CDCB).

El art.30 hace referencia, entre los primeros, al uso y disfrute de los bienes fideicomitidos, así como de sus subrogados y accesiones, y reseña como obligaciones las de satisfacer las legítimas, legados y demás cargas de la herencia, a expensas de ésta, formalizar el inventario de la herencia y garantizar la restitución de los bienes fideicomitidos.

El hecho de ostentar el uso y disfrute de los bienes de la herencia ha hecho que primitivamente se le considerara una especie de usufructuario, pero esta construcción doctrinal está hoy totalmente superada por la *communis opinio*, por la elemental razón de que el fiduciario es propietario de los bienes fideicomitidos, si bien privado de la disposición de los mismos, mientras que el usufructuario es mero titular de un derecho real de goce sobre cosa ajena. De lo que se infiere que el fiduciario tiene una categoría jurídica superior a la del usufructuario. Pero evidentes razones de índole práctica hacen que la misma doctrina haya acudido a las reglas del usufructo para resolver los problemas prácticos que se presentan en los fideicomisos antes de tener lugar la delación fideicomisaria, según se irá viendo a continuación.

A) Facultades del fiduciario.

La de uso y disfrute de los bienes fideicomitidos se desarrolla en un haz de posibilidades que, someramente, voy a exponer.

En lo que respecta a los frutos, éstos serán de los tipos previstos en el art. 354 Cc y siguientes (naturales, industriales y civiles), con las consecuencias previstas, para el usufructo, en el art. 472, con lo cual los frutos naturales o industriales pendientes al tiempo de la delación fiduciaria serán para el fiduciario y los pendientes al tiempo de la delación fideicomisaria para el

fideicomisario, con la particularidad de que éste deberá abonar al fiduciario, o a sus herederos, los gastos hechos para su obtención. En cambio los frutos civiles se entienden percibidos día por día *ex art. 474 Cc*, con lo que pertenecerán al fiduciario los producidos en todo el tiempo transcurrido desde el fallecimiento del fideicomitente hasta la delación fideicomisaria.

Cuando entre los bienes fideicomitidos figuren acciones o participaciones sociales serán de aplicación los arts. 127 y siguientes del RDL 1/2010 de 2 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital referidos al usufructo. Por tanto, *mutatis mutandi*, la cualidad de socio residirá en el fideicomisario y el fiduciario tendrá derecho a la percepción de dividendos mientras no se haya producido la delación fideicomisaria, correspondiendo al fideicomisario el ejercicio de los demás derechos de socio. Es evidente que los fideicomisarios en ocasiones no serán conocidos –aunque sí deberán haber sido determinados–, por lo que tendrá sentido la disposición del párrafo 2º del art. 127, según la cual el fiduciario vendría obligado a facilitar al fideicomisario el ejercicio de sus derechos. Los preceptos apuntados resolverán, *mutatis mutandi*, las cuestiones que podrían surgir en caso de aumento de capital, emisión de obligaciones convertibles, dividendos pasivos e incremento de valor de las acciones o participaciones sociales experimentado durante el tiempo en que el fiduciario ha estado en posesión de las mismas.

El uso y disfrute de la herencia por parte del fiduciario lleva implícita la facultad de administración del patrimonio hereditario, que supone, al mismo tiempo, una obligación, en cuanto a que tal administración debe ser leal y responsable. Como administrador puede otorgar toda clase de contratos que no entrañen la disposición de los bienes fideicomitidos y no se hagan en fraude del fideicomiso. *Ad exemplum*, puede arrendar los bienes fideicomitidos, dado que el art. 13 de la ley 29/1994 de 24 de noviembre de arrendamientos urbanos y el art. 10 de la ley 49/2003 de 26 de noviembre de arrendamientos rústicos disponen que los arrendamientos otorgados por usufructuarios, superficiarios y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre el bien arrendado se extinguirán cuando se extinga el derecho del arrendador, con la única salvedad de que los arrendamientos rústicos subsistirán hasta que concluya el año agrícola.

Como administrador podrá el fiduciario cobrar los créditos que formen parte de los bienes fideicomitidos, pero no podrá hacer suyo lo cobrado, que se integrará en la masa a transmitir en su momento al fideicomisario, pudiendo sólo percibir los intereses que las cantidades cobradas devenguen. Podrá también ejercitar las acciones precisas para la defensa de los bienes

fideicomitidos, debiendo ejercitarlas cuando ello lo exija la debida diligencia en la administración de dichos bienes.

Ya se ha visto que el art. 30 CDCB establece el derecho del fiduciario a disfrutar de las accesiones acaecidas en los bienes del fideicomiso, así como de los que los hubieren sustituido por el juego de la subrogación real.

B) Obligaciones del fiduciario.

El fiduciario es el primer heredero del fideicomitente, de ahí que el art. 30 CDCB le imponga las obligaciones propias de aquél, como son el pago de legítimas, legados y demás cargas de la herencia, a expensas de ésta. Esta consideración del fiduciario como heredero la refuerza el art. 31 CDCB estableciendo que el fiduciario que no se acoja al beneficio del inventario responde de las deudas y obligaciones del causante, sin perjuicio del derecho a reintegrarse con cargo a la herencia. Tal como se decía, el fiduciario es mucho más que un usufructuario.

El fiduciario no está obligado a aceptar la herencia fideicomitida. Puede repudiarla y puede también aceptarla a beneficio de inventario, con la prevención reseñada. Ahora bien, desde el momento en que la acepta recaen sobre él las obligaciones indicadas por los reseñados preceptos.

El hecho de que el art. 30, en su primer párrafo, hable de la obligación de “*satisfacer* las legítimas”, parece apuntar a la consideración de la legítima como un derecho de crédito, conceptualización que se ve reforzada por el hecho de que el art. 33 CDCB le autorice para enajenar y gravar los bienes fideicomitidos, en concepto de libres, “para satisfacer de su cuota legitimaria (sic)” y para pagar las deudas y cargas de la herencia. Con lo cual –dice Coll Carreras– la Compilación “muestra una imagen proclive a la teoría de que la legítima es un derecho de crédito contra el heredero”²¹. Es evidente que, ante la disposición terminante del art. 48 CDCB,²² existe una contradicción –salvo los casos en que venga autorizado el pago de la legítima en metálico– entre la conceptualización de la legítima como *pars bonorum hereditatis* y la facultad atribuida al fiduciario de vender los bienes de la herencia para percibir su legítima. Y la cuestión se complica si se tiene en cuenta que el art. 33 c) da al fiduciario la facultad de vender como libres los bienes de la herencia para pagar deudas y cargas de la herencia, entrando las legítimas,

21.- Coll Carreras, ob cit. pág 605.

22.- Art. 48 CDCB “La legítima atribuye derecho a una porción del haber hereditario y debe ser pagada en bienes de la herencia”.

en general, dentro de esta conceptualización de cargas. Más adelante, al tratar de la disposición de los bienes fideicomitidos se planteará esta cuestión.

La obligación que, de manera general, se impone al fiduciario de formalizar inventario es un acierto de la Compilación de 1990, ya que la de 1961 tan solo lo exigía para poder detraer la cuarta trebeliánica. Tan obvia era la necesidad del inventario que la doctrina la consideraba una obligación ínsita en la propia naturaleza de los fideicomisos, pues, si no se ha practicado el debido inventario, resulta ilusoria la restitución de la herencia al fideicomisario. La forma de practicar el inventario se ha visto al tratar de la cuarta trebeliánica.

También es muy positiva la innovación de la Compilación de 1990 de establecer unas garantías, pues nada de ello se decía en la Compilación de 1961, si bien no se indica cuales deben ser las mismas. Dice al respecto Coll Carreras ²³ que la Compilación se abstiene de entrar en casuismos en punto a la forma que han de revestir las garantías y sienta el principio de que, si no se obtiene acuerdo por fiduciario y fideicomisarios “en potencia”, tendrá que ser la autoridad judicial la que las determine. En la actualidad, vigente la ley 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria, habrá que acudir a la misma para conocer el procedimiento a seguir. Por una parte, es claro que la cuestión encaja en la definición que da el art. 1 de la misma sobre lo que se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria: “todos aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso”. Pero, por otra parte, no hay disposiciones específicas que se refieran a la cuestión, por lo que deberán seguirse las disposiciones generales establecidas en los arts. 13 y siguientes, pudiéndose entender que el procedimiento puede finalizar mediante decreto del Secretario Judicial (ahora Letrado de la Administración de Justicia), ya que no parece que se esté ante un caso que reclama la decisión judicial al tenor del art. 2.3 de dicha ley.

En lo que respecta a las garantías en los supuestos en que el fideicomiso afecte a bienes inmuebles, el art. 30 CDCB señala que, en este caso, será suficiente –sin exigencia, por tanto, de otras garantías– “la inscripción de la titularidad del fiduciario en el Registro de la Propiedad”. Se puede reprochar al texto legal la falta de tecnicismo, pues lo que constituye realmente una garantía para los fideicomisarios no es la mera inscripción de la titularidad del fiduciario en el Registro, sino la inscripción del fideicomiso.

23.- Coll Carreras, ob. cit. pág. 612.

La dispensa de las obligaciones de garantía e inventario a favor de los fiduciarios dispensados por el testador y cuando los hijos y descendientes del fideicomitente resulten recíprocamente sustituidos, establecida por el art. 30 en su inciso final, tienen el amplio respaldo de la doctrina mayoritaria.

La facultad de disfrute de los bienes fideicomitidos supone, como contrapartida, la obligación de conservar debidamente los mismos. Curiosamente la Compilación no impone al fiduciario tal obligación, aunque la misma se desprende de la pura lógica de la sustitución fideicomisaria y de la analogía del fiduciario con el usufructuario, por efecto de la cual podría ser aplicable el art. 497 Cc, que nos habla –con términos hoy ya superados– de que el usufructuario deberá cuidar las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia. Realmente la Compilación se limita a decir, en el art. 32 que “los gastos extraordinarios de conservación y refacción serán satisfechos por el fiduciario con cargo a la herencia”. Y como dijo la doctrina comentando el artículo²⁴ el análisis del precepto ha de hacerse teniendo en cuenta tanto lo que dice como lo que calla.

De entrada, parece claro que el precepto se refiere a las reparaciones de carácter extraordinario, las cuales deberá hacer el fiduciario –para la debida conservación de los bienes fideicomitidos–, pero pudiendo repercutir sobre la herencia el importe de la reparación. El precepto no habla de las reparaciones ordinarias, pero *a sensu* contrario deberá entenderse que las mismas también deberá hacerlas el fiduciario –ya que así lo impone su obligación de conservación de los bienes fideicomitidos–, pero sin poder resarcirse de su importe con cargo a la herencia. Para precisar el alcance de lo que debe entenderse por “reparaciones ordinarias” puede acudir al art. 500 Cc, el cual establece que el usufructuario está obligado a hacer las reparaciones ordinarias que necesiten las cosas dadas en usufructo, siendo reparaciones ordinarias las que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación. Es claro, por tanto, según el art. 32, en interpretación *a contrario*, que el fiduciario deberá realizar, a su cargo y cuenta, las reparaciones ordinarias, mientras que, en lo que respecta a las extraordinarias, deberá también realizarlas pero con cargo a la herencia, autorizándole, a tal fin, el art. 33 c) para enajenar y gravar, en concepto de libres, los bienes fideicomitidos. Sobre la distinción que realizara el art. 32 CDCB entre gastos de conservación y de refacción, es posible que la clave de la misma esté en la consideración de que los segundos tienen más entidad que la mera conservación, ya que refacción es sinónimo de restaurar o reconstruir.

24.- Coll Carreras, ob cit pág. 619.

Pero, evidentemente, una cosa son las reparaciones y otra cosa las mejoras, y sobre ellas nada dice la Compilación. Por ello se plantea la cuestión de si las puede realizar el fiduciario y si, una vez realizadas, puede repercutir su importe sobre la herencia fideicomitida. En contestación a la primera pregunta hay que señalar que puede realizar tales mejoras, pues el art. 30 CDCB le da el uso y disfrute de los bienes fideicomitidos y también de sus accesiones, sin distinción alguna entre las naturales o industriales, por lo que dentro de este segundo concepto pueden incluirse las mejoras. La respuesta a la cuestión de si puede reintegrarse de su importe con cargo a la herencia nos la ha dado la sentencia 1/1991 de 28 de febrero de la Sala Civil y Penal del TSJ que nos dice: “Aun cuando los proyectos de Apéndice de Derecho foral balear redactados en 1903, 1921 y 1948 se pronunciaban expresamente sobre la procedencia de que las mejoras introducidas por el fiduciario en los bienes fideicomitidos fueran pagadas por el fideicomisario, la Compilación vigente no se refiere a la cuestión, razón por la cual la doctrina acude al Código civil, como fuente supletoria, y concluye unánimemente que el importe de las mejoras será con cargo a la herencia fideicomitida siempre que se trate de mejoras de buena fe, de las calificables como útiles y siempre que se demuestre que su importe ha sido satisfecho por el fiduciario. No son, por tanto, reintegrables los importes de las mejoras de puro lujo o mero recreo, respecto de las cuales sería de aplicación supletoria el art. 454 Cc, que autoriza al poseedor de buena fe a llevarse los adornos con que hubiese embellecido la cosa principal si no sufre deterioro y si el sucesor en la posesión no prefiere abonar el importe de lo gastado.

7) La disposición de los bienes fideicomitidos (arts. 33 y 34 CDCB).

Indudablemente tiene carácter excepcional, pues debe partirse de la indisponibilidad de los bienes fideicomitidos por parte del fiduciario. La jurisprudencia de la Sala Civil y Penal del TSJ –nuestro Tribunal de casación– así lo ha reiterado. La sentencia 1/1993 de 21 de mayo decía “en Derecho romano, la ley 3, Códex VI–XLII párrafos 2º (fragmento *sed quia*) y 3º (fragmento *sic autem*), estableció con claridad la diferencia al respeto entre los fideicomisos puros y los condicionales. Y así, negó poder dispositivo al fiduciario en el párrafo 2º y, en cambio, admitió en su párrafo 3º que “si el legado o fideicomiso hubiere sido dejado bajo condición o desde día incierto o sujeto a sustitución o a restitución, obrará ciertamente mejor también si, en estos casos, se abstuviera de toda venta o hipoteca, no será que se obligue a cargas más pesadas por razón de evicción. Mas si por afán de avaricia se hubiera lanzado a vender o a hipotecar, con la esperanza de que no se cumplirá la condición, se hará nulo desde un principio, y ha de entenderse de tal modo como si no hubiera sido escrito ni absolutamente otorgado, de suerte

que no proceda contra el instituido como heredero o legatario ni la usucapición ni la prescripción.” Y la sentencia 2/2009 de 27 de julio señala que “los actos relativos a los bienes fideicomitidos que el heredero fiduciario realizase extralimitándose de sus facultades dispositivas no son meramente anulables sino nulos... Si falta el poder de disposición mismo el acto deviene nulo en aplicación del principio general de que nadie puede disponer ni transmitir lo que no es suyo, expresado en el clásico aforismo *nemo dat quod non habet*”. La doctrina²⁵ ha hecho referencia a la polémica de si la falta de facultades de disposición en lo que respeta al fiduciario constituye o no la nota esencial de la sustitución fideicomisaria, señalando que tal consideración ha de entenderse ampliamente superada, ya que la primera característica de la institución ha de buscarse en el *ordro successionis*, del cual sería una consecuencia la obligación de conservar y transmitir la herencia al fideicomisario.

Pero, indudablemente, la falta de disponibilidad no puede llevarse a extremos absolutos. De una parte se darán supuestos en que la especial índole de los bienes fideicomitidos impondrá su necesaria venta, cual ocurriría con los bienes fungibles, las mercaderías vinculadas a una industria que forme parte de la herencia o unos valores de los que circunstancias relacionadas con su cotización imponen desprenderse de los mismos. Además, hay unos supuestos de disposiciones generalmente autorizadas y otras permitidas siempre que recaiga la pertinente autorización judicial. Vamos a referirnos a unas y otras.

A) Disposiciones autorizadas *ex art. 33 CDCB*.

La Real Cédula de Felipe V de 31 de agosto de 1736 hablaba de la posibilidad de deducir, al transmitir la herencia al fideicomisario, las detracciones legales, entre las cuales estaban las deudas del fideicomitente, los gastos de última enfermedad, muerte y funeral, la entrega de legados y pago de legítimas y los gastos ocasionados por la división de la herencia y por las reparaciones extraordinarias efectuadas en los bienes de la herencia, así como la cuarta trebeliánica según antes se ha visto.

Tal es, fundamentalmente, el criterio que rige en el art. 33 CDCB, según el cual

“El fiduciario podrá, por ministerio de la ley, enajenar y gravar, en concepto de libres, los bienes fideicomitidos:

25.- Zaforteza de Corral ob. cit pág. 156.

- a) Mediante el consentimiento de los fideicomisarios.
- b) Para satisfacer (sic) de su cuota legítima y de la cuarta trebeliánica, previa notificación a los fideicomisarios conocidos.
- c) Para pagar deudas y cargas de la herencia, legados en metálico y gastos extraordinarios de conservación o refacción de bienes fideicomitidos.

Si existieran legitimarios que no sean fideicomisarios se observará lo prevenido en la Sección cuarta de este Capítulo”.

El supuesto a) plantea poca problemática. Del tenor literal del precepto se infiere que, si los fideicomisarios son más de uno, han de estar todos ellos conforme y, además, deben prestar su consentimiento, lo cual supone que existan, que sean conocidos y que tengan capacidad de obrar. De no tenerla, debería suplirse la falta de capacidad de obrar en la forma legalmente prevista y deberán obtenerse, en su caso, las oportunas autorizaciones. La doctrina²⁶ aconseja que, si el fideicomitente ha previsto para los fideicomisarios sustitutos vulgares, es conveniente que éstos presten también su consentimiento, ya que es claro que pueden ocupar el puesto del fideicomisario sustituido.

En cambio la problemática aparece en el supuesto del apartado b), particularmente en lo relacionado con la percepción de la legítima del fiduciario. El precepto da, en este caso, al fiduciario autorización para vender los bienes de la herencia para la percepción de su cuota legítima y de la cuarta trebeliánica, con la sola notificación a los fideicomisarios conocidos. Con lo que es claro que no se precisa el consentimiento de éstos, sin perjuicio de que puedan impugnar las posibles enajenaciones que el fiduciario realice de ser las mismas fraudulentas. Pero, ¿puede el fiduciario enajenar los bienes fideicomitidos tan solo para percibir su cuota legítima –como dice literalmente el art. 33 b)– o puede hacerlo para pagar legítimas en general? ¿Podrían considerarse las legítimas cargas de la herencia, en cuyo caso también sería posible la enajenación de bienes para su pago *ex art. 33 c)*?

De entrada, la clara conceptualización de la legítima como *pars bonorum hereditatis* resultante del art. 48 CDCB supone una verdadera contradicción con estas posibilidades excepcionales del fiduciario.

Tal vez pueda suministrar alguna luz el hecho de que el art. 33 se cierra con un párrafo expresivo de que “si existieren legitimarios que no sean fidei-

26.- Zaforteza de Corral, ob. cit. pág. 180.

comisarios se observará lo dispuesto en la Sección cuarta de este capítulo”. Es decir, se acude a la regla general de pago de la legítima en bienes de la herencia establecida en la Sección cuarta. Pero, en este caso, no tiene sentido que el párrafo transcrito se refiera a los fideicomisarios, pues para ellos no rige la excepción, que se circunscribe a la enajenación de bienes para que el fiduciario pueda percibir su cuota legitimaria. Coll Carreras²⁷ nos dice “conviene anotar que las legítimas pagaderas en efectivo, no las del fiduciario, sino las de terceros, entraron en el concepto genérico de deudas y cargas de la herencia en la Compilación de 1961, pues aun se descubrían a la sazón preceptos impregnados de la antigua ideología que calificaba las legítimas como derechos de crédito. Sin embargo la condición de *cuota pars bonorum* predicable para éstas había de impedir que, técnicamente, entraran las legítimas en el aludido concepto genérico de “detracciones dinerarias” realizables en la herencia. Entiendo que el reparo de entonces puede reputarse si no desvanecido sí neutralizado en buena parte por la novedad que se registra en la Compilación de 1990, merced a la inclusión del último párrafo, específicamente destinado a estos legitimarios “**que no sean fiduciarios**”.... No dice “que no sean fideicomisarios”. Y no puede olvidarse, en este punto, que el gran jurista Miguel Coll Carreras fue también el ponente de la parte correspondiente a la sustitución fideicomisaria en la preparación de la Compilación de 1990; de lo que se deduce que el hecho de que el último párrafo del art. 33 se refiere a los fideicomisarios es un error más de los muchos existentes en nuestra desgraciada Compilación, y en realidad dicho texto legal debe referirse a los fiduciarios. Si existen legitimarios fiduciarios éstos podrán percibir su legítima por la vía excepcional de la enajenación de bienes. Pero “si existieren legitimarios que no sean fiduciarios –como debería decir y no dice el precepto– se observará lo prevenido en la Sección cuarta de este Capítulo”. En realidad, carece de sentido hablar, como hace el art. 33 CDCB *in fine*, de legítima de los fideicomisarios, dado que éstos pertenecerán normalmente a una generación ulterior, siendo los legitimarios sus ascendientes.

Quiero apuntar, finalmente, que, a mi juicio, tampoco se justifica este trato a favor del fiduciario, quien, *de lege ferenda*, debería seguir las reglas generales tanto para cobrar su legítima como la cuarta trebeliánica, dada la consideración de ambas como *pars bonorum hereditatis*. Con la consabida excepción, en ambos casos, de que el disponente haya establecido el posible pago de la legítima y de la cuarta trebeliánica en metálico.

En cuanto al apartado c) del precepto deben entenderse comprendidos en el mismo tanto las deudas y cargas de la herencia como las del propio

27.- Coll Carreras ob cit pág 633.

fideicomitente, las de última enfermedad, entierro y funeral, las ocasionadas por la escritura de aceptación de herencia cuando ésta deba otorgarse para entregar a los legitimarios bienes en pago de su legítima o para realizar la partición de la misma por existir varios herederos. Si la escritura tan solo contuviera la aceptación del fiduciario sería la misma a su cargo. La enajenación de bienes para pago de legados sólo puede tener lugar cuando el fiduciario deba satisfacer legados en metálico y no exista éste en la herencia, ya que si el legado recae sobre bienes concretos deberán, simplemente, entregarse éstos. Nótese que en estos supuestos del apartado c) ni siquiera es precisa la notificación a los fideicomisarios conocidos, como ocurre en el supuesto del apartado b).

Teóricamente los fideicomisarios quedan a salvaguarda de los posibles perjuicios causados por estas enajenaciones del fiduciario en base al inventario y a las garantías establecidas por el art. 30. Aunque tal garantía tampoco es absoluta ni mucho menos. Nótese que el art. 33 permite la posible venta de los bienes fideicomitidos “en concepto de libres”; por lo que, si la enajenación de algún bien inmueble entra dentro de los supuestos del precepto, deberá cancelarse la inscripción causada por la sustitución fideicomisaria. Ello es un ejemplo palmario de que las garantías previstas por el art. 30 CDCB –la inscripción del fideicomiso– pueden ser notoriamente insuficientes, ya que cabe la posibilidad de que el fiduciario venda fraudulentamente los bienes por menos de su valor.

B) Disposiciones autorizadas *ex art. 34 CDCB.*

Existe, de entrada, una clara diferencia entre estas disposiciones y las contempladas por el art. 33 CDCB: mientras éstas responden a razones de necesidad –al menos en lo que respecta a los apartados b) y c)–, las del art. 34 obedecen a razones de conveniencia, destinadas a resolver la problemática planteada por el hecho de existir en la herencia fideicomitida bienes improductivos y de un alto coste de mantenimiento. Obvias razones económicas pueden hacer conveniente desprenderse de los mismos para invertir el importe obtenido en otros bienes más rentables. Y, desde el punto de vista jurídico, el principio de la subrogación real hace que no exista impedimento alguno para integrar el producto de la enajenación –o los bienes con él adquiridos– en la herencia fideicomitida. Puig Ferriol ²⁸ ha señalado que la doctrina catalana anterior a la Compilación de 1960 lo había puesto de relieve, habiéndolo así propuesto Roca Sastre, tanto en lo que referencia hace al Derecho civil catalán como al Código civil.

28.- Puig Ferriol, EL heredero fiduciario, Barcelona 1965 pág. 221.

Tal propuesta encontró acomodo en la Compilación catalana de 1960, de la cual pasó a la nuestra de 1961, y de ésta a la de 1990, con el único retoque de sustituir “su parte” por “el contravalor”. El art. 34 dice así:

“También podrá el fiduciario, previa autorización judicial, siempre que el testador no lo hubiere prohibido expresamente, enajenar y gravar los bienes fideicomitidos e invertir el contravalor, en su caso, en otros de mayor rentabilidad o utilidad en sustitución de los enajenados. En el expediente de autorización judicial serán citados los fideicomisarios o el Ministerio Fiscal, en el caso de que no fueren conocidos o no comparecieren.”

Indudablemente, la norma debe ser considerada conveniente y adecuada para encontrar una solución a los casos antes contemplados. Tan solo es discutible que se concedan al fiduciario posibilidades de gravar los bienes fideicomitidos, puesto que, con ello, no se produce una auténtica subrogación real ya que el importe obtenido como contraprestación del gravamen constituye también una deuda de la herencia.

El precepto no puede autorizar estas ventas de conveniencia si no existe la correspondiente autorización judicial y, desde luego, siempre que el fideicomitente no lo haya prohibido. El precepto habla impropiaemente de “testador” cuando la sustitución puede también tener su origen en un contrato sucesorio.

¿Cómo se obtiene esta autorización judicial? Indudablemente por el cauce establecido por la Ley de Jurisdicción Voluntaria 15/2015 de 2 de julio, ya que se trata de un procedimiento que requiere la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso, según establece el art. 1 de dicha ley. Como la misma no señala una tramitación especial para la obtención de esta autorización, habrá que considerarse que el procedimiento se rige por las disposiciones generales y por las normas de tramitación establecidas por los arts 1 y siguientes y 13 y siguientes de dicha ley. Los fideicomisarios o el Ministerio Fiscal –si aquéllos no fueren conocidos o no comparecieren– podrán oponerse a la solicitud de enajenación.

En el procedimiento deberá acreditarse la conveniencia de la enajenación y la corrección del precio de venta, desarrollándose su tramitación de acuerdo con los preceptos que se acaban de indicar, sustanciándose la comparecencia en el modo establecido en la LEC para el juicio verbal con las especialidades apuntadas por el art. 18 LJV. Las pruebas que se practiquen serán las propues-

tas por las partes y que resulten admitidas, cabiendo también la posibilidad –apuntada por el art. 429.1 LEC– de que el Tribunal considere insuficientes las pruebas propuestas, en cuyo caso lo pondrá de manifiesto a las partes con indicación de los hechos que podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria, tras lo cual podrá también señalar la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente. Las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el Tribunal.

EL expediente deberá ser resuelto por el Juez –y no por el Letrado de las Administración de Justicia (antes Secretario Judicial)– al tener por objeto actos de disposición, reconocimiento, creación o extinción de derechos subjetivos, según el art. 2 *in fine* LJV. En el auto resolutorio del expediente el Juez adoptará las medidas que considere oportunas, tanto para la liberación del gravamen fideicomisario sobre los bienes que se vendan como para la sujeción al mismo de los que se adquieran²⁹.

El art. 34 no exige que la venta se realice mediante pública subasta, por lo que parece que el Juez no puede imponerla, de no venir la misma solicitada por alguna de las partes personadas en el expediente.

Esta posibilidad de venta de los bienes fideicomitidos es una especialidad típica de nuestro Derecho, compartida con el Derecho de Cataluña –que actualmente la establece en el art. 426-40 del libro cuarto del Código civil (ley 10/2008 de 10 de julio)–, pero que no encontramos en el Código civil. Es indudable que esta posible venta de los bienes fideicomitidos responde a evidentes razones de lógica y buen sentido, contribuyendo además a suavizar la situación del fiduciario y viniendo impuesta, asimismo, en beneficio general del fideicomiso. Ello ha hecho que lo haya considerado como uno de nuestros principios generales sucesorios, en lo que respecta a la sustitución fideicomisaria³⁰.

8) La delación fideicomisaria (arts. 35 y 36).

El fideicomisario, destinatario último de la herencia, tiene derecho a que se le entregue la misma, pero dicha entrega tendrá lugar según el tipo de fideicomiso de que se trate. En el teórico fideicomiso puro debería tener lugar sin dilación, acto seguido de tomar posesión de la misma el fiduciario y en el fideicomiso a término al vencer el mismo. Pero ya se ha indicado antes que

29.- Coll Carreras, ob. cit. pág. 640.

30.- Masot Miquel Los principios generales del Derecho sucesorio balear en Derechos civiles de España, Madrid 2000 pág. 4915.

tales figuras son absolutamente insólitas en nuestro Derecho, siendo el tipo de fideicomiso generalmente utilizado el condicional y, dentro de éste, el que hace recaer dicha condición sobre el evento de la muerte del fiduciario, de la que se sabe qué ocurrirá pero se ignora cuándo tendrá lugar. En este caso, la entrega de la herencia fideicomitida tendrá lugar una vez muerto el fiduciario y la realizarán sus herederos.

Pero es obvio que el tránsito de la herencia de fiduciario a fideicomisario no es un procedimiento simple, particularmente por el hecho de que el primero puede ostentar créditos frente a la herencia, lo cual impone el pago de los mismos antes de hacerse la entrega. De ahí que el art. 36 CDCB imponga la liquidación previa, señalando que “el fideicomisario no podrá entrar en la posesión de la herencia fideicomitida sin la previa liquidación correspondiente. El fiduciario o sus herederos disfrutarán del beneficio de retención de los bienes fideicomitados mientras no sean reintegrados del saldo a su favor y de la cuarta trebeliánica que pueda corresponderles”.

Zaforteza de Corral ha observado, agudamente, que la liquidación parece plantearse en beneficio del fiduciario –o sus herederos–, dado que el objeto primordial de la misma es que éstos puedan realizar las detracciones legales y accidentales que les correspondan, lo cual –sigue diciendo– no es del todo exacto, dado que la liquidación implica también la rendición de cuentas por parte del fiduciario, por lo que la liquidación opera en beneficio de unos y otros, no pudiendo distinguir o separarse dos tipos de rendición de cuentas³¹.

El precepto no dice como se realiza la liquidación, a diferencia de la Real Cédula de 1736 que señalaba que la misma debería ajustarse a las Pragmáticas, Leyes, costumbres y estilos que se observan para los fideicomisos. De todos modos la liquidación no deja de ser un concepto contable, y por tanto, no parece procedente la judicialización de la misma salvo en los casos de impugnación. En dicha liquidación deben expresarse el activo y pasivo de la herencia fideicomitida y, en especial, los créditos que el fiduciario –o, en su caso, sus herederos– ostenten contra la misma por los conceptos que se han ido enumerando anteriormente: legítima del fiduciario y cuarta trebeliánica no satisfechas; reparaciones necesarias de carácter extraordinario –las de carácter ordinario son de cargo del fiduciario, según se ha visto– realizadas en los bienes fideicomitados; y mejoras en los mismos que reúnan los requisitos de ser útiles, efectuadas por el fiduciario de buena fe y pagadas por él. Y, en general, todos los gastos sufragados por el mismo en defensa de la herencia y de los bienes que la integran.

31.- Zaforteza de Corral, ob cit. pág. 255 y siguientes.

En el caso de que los fideicomisarios hayan requerido al fiduciario –o a sus herederos– para la entrega de la herencia, la liquidación deberá hacerse en un plazo breve, pues según el art. 35 CDCB la entrega debe tener lugar en el plazo de 30 días a contar del requerimiento precedente; y la entrega exige la liquidación previa *ex* art. 36 CDCB. En caso de no haber existido el requerimiento, la doctrina ³² considera aplicable analógicamente el plazo del art. 29 a) que se concede a todo fiduciario para la práctica del inventario (6 meses o un año según las circunstancias contempladas en el precepto), opinión que parece razonable.

A pesar de no ser la liquidación un concepto jurídico produce, empero, importantes efectos jurídicos, dado que el hecho de existir un saldo resultante de la misma a favor del fiduciario –o sus herederos– les confiere un derecho de retención sobre los bienes de la herencia, que podrán mantener hasta que tenga lugar el pago de dicho saldo. Este derecho de retención tiene amplios precedentes doctrinales en nuestro Derecho, apareciendo ya en los proyectos de Apéndice de 1903, 1920 y 1948, habiendo sido considerado siempre quien ejercita tal derecho un poseedor de buena fe. Como dice Coll Carreras³³, no hay duda de que este derecho de retención es gemelo del que se reconoce a todo poseedor de buena fe para la garantía del resarcimiento de gastos necesarios y útiles en la cosa poseída, de conformidad con el art. 453 Cc. Como poseedor de buena fe tendrá derecho también a hacer suyos los frutos percibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión, según el art. 451 Cc.

Mas problemática es la cuestión de los riesgos recayentes sobre las cosas retenidas mientras se ejercita el derecho de retención. Ante el silencio de la Compilación hay que acudir al Código civil como Derecho supletorio, y el art. 1182 del mismo nos dice que “quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora”. Según el precepto –que hace aplicación del viejo principio romano *periculum est emptoris*– el riesgo recaería sobre el fideicomisario. Pero el precepto tiene su compensación con el derecho a la percepción de los frutos, establecida por el art. 1095 Cc, según el cual el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Y hemos visto que es general la consideración de que quien ejercita el derecho de retención es un poseedor de buena fe y, como tal, tiene derecho a los frutos. En trance de decidir la cuestión, lo esencial será determinar si realmente se está ante un

32.- Zaforteza de Corral, ob cit. pág. 265.

33.- Coll Carreras, ob cit. pág. 653.

poseedor de buena fe, siendo indicativo, a este respecto, la consideración de si la liquidación está bien hecha – sin pretender en la misma más de lo que realmente corresponda–, se ha practicado dentro de plazo, y, por otra parte, la pérdida de la cosa ha tenido lugar sin la más mínima culpa por parte del fiduciario o sus herederos. De darse todas estas circunstancias el riesgo de pérdida y menoscabo de la cosa debida podría recaer sobre el fideicomisario.

Obviamente la liquidación no será precisa cuando el fiduciario ha percibido todo cuanto pudiera corresponderle con cargo a la herencia fideicomitida con anterioridad a la delación fideicomisaria, ya que viene avalada por la doctrina y la jurisprudencia (sentencia de la Sala Civil y Penal del TSJ 1/2003 de 12 de marzo) la consideración de que las detracciones legales tanto pueden hacerse efectivas cuando el fiduciario estaba en posesión de la herencia como al tener lugar la restitución de la misma.

Una vez hecha la liquidación y satisfecho el saldo de la misma debe tener lugar la entrega de la herencia. Para lo cual se impone al fiduciario –o a sus herederos– el plazo de los treinta días siguientes al requerimiento precedente; de lo cual se deduce que estos treinta días no deben contarse desde la liquidación, sino desde el antecedente de la misma que es el requerimiento. El proceso histórico a desarrollar sería el siguiente: el fideicomisario reclama la herencia, con lo cual se inicia el plazo de treinta días legalmente previsto; el fiduciario –o sus herederos– deben presentar, dentro de dicho plazo, la correspondiente liquidación; y tras ello pueden darse dos alternativas: si la liquidación es aceptada, se procede al pago del saldo resultante de la misma y se entrega la herencia al fideicomisario dentro del plazo legal de treinta días; si no es aceptada, queda en suspenso dicho plazo hasta que se llegue a un acuerdo o se resuelva el conflicto judicialmente, tras lo cual se reanuda de nuevo el plazo legal de treinta días. En el caso de que el requerimiento se formalice por la vía judicial, la sentencia de la Sala Civil y Penal del TSJ 1/1991 de 28 de febrero nos dice que el plazo de 30 días ha de entenderse iniciado desde que las demandadas– cesionarias del derecho del fiduciario– fueron citadas para la contestación a la demanda.

Una vez cumplida la condición o vencido el término del fideicomiso, el fideicomisario deviene heredero puro y simple, teniendo todos los derechos y acciones que como tal le competen, salvo que en el fideicomiso se le instituyera fiduciario de un ulterior fideicomisario. Como tal heredero respondería también de las deudas de la herencia, si no se hubieran satisfecho por el fiduciario, con la particularidad de que respondería de ellas con su propio patrimonio si no hubiera aceptado la herencia fideicomitida a beneficio de inventario.

La aceptación de la herencia fideicomitada por parte del fideicomisario es un acto enteramente voluntario y libre. Ello por tradición romana y por aplicación del art. 988 Cc como Derecho supletorio *ex art. 1 CDCB*. Puede aceptar o no aceptar y puede hacerlo mediante la simple toma de posesión de los bienes de la herencia u otorgando escritura pública de aceptación de herencia. Es evidente que, en el caso de existir inmuebles en la herencia, el fideicomisario será el primer interesado en otorgar dicha escritura, al objeto de inscribir los mismos a su nombre en pleno dominio, con desaparición del gravamen fideicomisario. Igualmente –y por aplicación supletoria del art. 440 Cc– se entenderá que ha sido poseedor de los bienes de la herencia desde el momento en que se produjo la delación fideicomisaria.

9) EL fideicomiso de residuo (art. 37 CDCB).

Se trata de una institución de raíz romana que, como tal, tiene honda raigambre en el Derecho de Mallorca y Menorca. Las referencias que a la misma se hacen en el Digesto (36, 1 54) y particularmente en la Novela 108 (Constitución CIII, prefacio y capítulo I) constituyen un sólido fundamento sobre el que la doctrina tradicional ha ido estructurando la figura. De hecho la encontramos regulada en los proyectos de Apéndice de 1903, 1020 y 1948 y en las Compilaciones de 1961 y 1990. Tradicionalmente se ha venido considerando que si en la sustitución fideicomisaria se ha de transmitir la herencia al fideicomisario –previa deducción, en su caso, de la trebeliánica–, en el fideicomiso de residuo la transmisión será de lo que le quede al fiduciario al producirse la delación fideicomisaria (de *eo quod supererit*)

Sobre su naturaleza jurídica se ha discutido –particularmente en el sistema del Código civil– si el fideicomiso de residuo suponía, más que una sustitución, una institución de heredero sometida a la condición suspensiva de la existencia de residuo, dado que el Código civil no recoge nuestra institución de la cuarta inversa, pudiéndose, por tanto, darse la posibilidad de que el fiduciario haya dispuesto de la totalidad de los bienes. La mejor doctrina ha considerado que estamos dentro del ámbito de la sustitución, dado que el *ordro successionis* existe y lo único incierto es el *quantum*. En cambio, en el Derecho de Mallorca y Menorca siempre se ha considerado que el fideicomiso de residuo es un verdadero fideicomiso, ya que normalmente juega en el mismo la institución de la cuarta inversa, al objeto de asegurar al fiduciario una parte –la tradicional *quarta* romana– del haber hereditario. Precisamente la antes citada Constitución CIII hace referencia a la misma diciendo: “. . . mandamos que tenga necesidad de reservar de su institución el que fue gravado con la restitución del fideicomiso, y que no pueda disminuir absolutamente cosa alguna de ella, siendo lo suficiente que al heredero le

queden ciertamente tres partes y que a él se le deje el importe de una sola cuarta parte”. De esta forma Justiniano concretó las expresiones ambiguas de Papiniano y Marco que, en lo que respecta a la disposición de los bienes de la herencia por parte del fiduciario, se limitaban a señalar que su actuación debía ser guiada por los principios de la *bona fide* y del *arbitrium boni viri* a fin de evitar el perjuicio del fideicomisario.

En base a estas referencias romanas, siempre se ha considerado en el Derecho de Mallorca y Menorca que el residuo a entregar al fideicomisario debe alcanzar la cuarta parte de la herencia, la cual recibe el nombre de cuarta inversa, por su contraposición a la cuarta trebeliánica, dado que ésta actúa en beneficio del fiduciario, mientras que aquella juega a favor del fideicomisario. La cuarta inversa armoniza con los principios generales de la sucesión romana, centrados en la figura del heredero como sucesor del causante y orientados a que exista un sustrato patrimonial que la respalde. La falcidia, la trebeliánica, la cuarta inversa obedecen a idéntico fin: a que un designado heredero haga suya una cuarta parte de la herencia, en justificada compensación por las obligaciones y responsabilidades derivadas de su condición de tal.

Pero su entrada en juego en la sucesión vendrá determinada por la voluntad del causante de la sucesión. Su voluntad es la primera ley de la sucesión, y de la misma manera que puede disponer que el fiduciario no podrá deducir la trebeliánica, también podrá establecer que el fiduciario tendrá amplia disposición sobre todos los bienes de la herencia sin necesidad de reservar parte alguna de la misma para el fideicomisario; e igualmente podrá fijar la parte de obligada transmisión al mismo en una porción superior o inferior a la cuarta.

Por lo tanto el derecho a la cuarta inversa no es absoluto, dando prueba de ello el propio art. 37 CDCB *in fine*, expresivo de que quedará sin efecto la obligación de restituir la cuarta en los casos de indigencia o extrema necesidad del fiduciario. El precepto no exige previa autorización judicial alguna para tales disposiciones. Pero la prudencia sí aconseja que se disponga de prueba expresiva de esta indigencia o extrema necesidad, como podría ser el acta de notoriedad en la que se recojan las declaraciones de personas coincidentes en afirmarla. Por lo demás, nótese que el precepto habla de “extrema necesidad”, de lo que se infiere que ha de tratarse de casos en que el fiduciario ha de estar privado de lo necesario para vivir. De resultar ello acreditado, el fiduciario puede disponer de lo necesario y el fideicomisario solo heredará *si aliquid supererit*.

En este fideicomiso el fiduciario puede disponer –con las limitaciones vistas– de los bienes de la herencia. Pero no puede donarlos ni por acto *inter vivos* ni por acto *mortis causa*. El art. 37 faculta tan solo para “enajenar y gravar a título oneroso”, con lo que, *a sensu contrario*, veda la disposición a título gratuito. La sentencia 2/2009 de 27 de julio de la Sala Civil y Penal del TSJ conoció de un caso en que el fiduciario había dispuesto mediante testamento de los bienes gravados con fideicomiso de residuo en favor de persona distinta del fideicomisario, siendo la conclusión la de que tal disposición es nula, “ dado que el art. 37 CDCB determina que el fiduciario puede enajenar y gravar a título oneroso las tres cuartas partes de los bienes comprendidos en la sustitución, debiendo restituir al fideicomisario la otra cuarta parte, si el testador no le hubiere relevado de tal obligación. Esta última posibilidad –incrementar el ámbito normal de facultades del fiduciario– constituye una excepción al modelo legal. Por tanto, la decisión del testador de hacer uso de ella debe inferirse del testamento de forma clara, segura e indubitada. Las dudas sobre el poder de disposición que el fideicomitente quiso confiar al fiduciario han de solventarse en línea de que su intención fue concederle las facultades estrictas que la norma positiva prevé” De acuerdo con ello, señala la sentencia que los actos del fiduciario que quedan fuera de las facultades concedidas no son simplemente anulables, sino que son nulos de pleno derecho.

En este fideicomiso, en el que el fiduciario puede disponer, en principio, de las tres cuartas partes de la herencia, sería absurdo que pudiera verse incrementada su cuota hereditaria con la legítima y la trebeliánica. Por tal razón, dice con sensatez el art. 37 que “el valor de los bienes de que hubiere dispuesto el fiduciario se imputará a lo que por legítima, trebeliánica u otros derechos le corresponda”.

Para la debida garantía de que lo que percibirá el fideicomisario es una cuarta parte de la herencia, la Compilación de 1961 exigía la práctica de inventario en el fideicomiso de residuo, mientras que no lo imponía en las sustituciones de manera general, pues solo lo consideraba un *príus* para la detracción de la trebeliánica. En la Compilación de 1990, aparte de imponerse la exigencia del inventario de manera general a todo fiduciario, se mantiene la obligación para el fiduciario de practicar inventario en este fideicomiso “con citación de los fideicomisarios conocidos o del Ministerio Fiscal, en el caso de que no lo fueren o no comparecieren. El inventario se practicará conforme a las normas establecidas para la cuarta trebeliánica”. Sin embargo, hay una divergencia entre lo establecido por el precepto y lo dispuesto de manera general para el inventario, y es lo que hace referencia a la intervención del Ministerio Fiscal que, en el caso del fideicomiso de

residuo, ha de intervenir no solamente cuando los fideicomisarios no son conocidos, sino también cuando no comparecieren; lo cual no ocurre en el inventario previsto en el art. 29 CDCB en que la intervención del Ministerio Fiscal sólo es exigible cuando los fideicomisarios no son conocidos. Por lo demás, es aplicable aquí lo dicho sobre el inventario cuando se trató de la cuarta trebeliánica.

Hay, por otra parte, una curiosa divergencia entre lo establecido en la Compilación de 1961 y la de 1990, dado que aquélla exigía al fiduciario de residuo la práctica de inventario y la prestación de fianza, mientras que la de 1990 impone sólo el inventario, guardando silencio en lo que respecta a la fianza; omisión que no tiene mayor importancia, dado que el fideicomiso de residuo debe regirse por las normas de los fideicomisos que, de manera general, imponen a todo fiduciario, *ex art 30 CDCB*, la obligación de garantizar la restitución de los bienes fideicomitados.

Constituye una acertada novedad de la Compilación de 1990 la posibilidad de determinación de la cuarta inversa que se concede a los fideicomisarios. En sus comentarios a los preceptos dedicados a la sustitución fideicomisaria en la Compilación de 1961, Coll Carreras había propugnado la incorporación a nuestro Derecho de la norma consistente en el art. 212 de la Compilación catalana, sancionadora de la posibilidad de pedir tal determinación³⁴. En congruencia con ello, el art. 37 CDCB dispone que “para asegurar la restitución de la cuarta parte reservada a los fideicomisarios podrán éstos pedir su determinación. Mientras no hayan usado de esta facultad no podrán ejercitar acción alguna para impugnar los actos dispositivos del fiduciario”. Al no establecer el precepto un tiempo hábil para el ejercicio de tal facultad, es obvio que la misma la podrán ejercitar los fideicomisarios en cualquier tiempo. Para la fijación de la cuarta deberán tenerse en cuenta todos los bienes que integraban la herencia, aun cuando con anterioridad el fiduciario hubiere dispuesto de algunos de ellos, con la particularidad de que los bienes de los que se hubiere dispuesto no podrán integrar ya la cuarta inversa.

Ésta, al igual que la trebeliánica, es una *pars bonorum hereditis*, por lo que vendrá integrada por unos determinados bienes que quedarán excluidos del *ius disponendi* del fiduciario. Las oscilaciones que pueda experimentar el valor de dichos bienes no podrán dar lugar a correcciones en cuanto a una nueva determinación de la cuarta inversa. Las accesiones que en los mismos se produzcan quedarán incorporadas a los bienes, no pudiendo dar lugar tampoco a nuevas correcciones. Mientras no se produzca la delación

34.- Coll Carreras, Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, edición Madrid 1980 pág. 582.

fideicomisaria el fiduciario disfrutará de la posesión de tales bienes, y, como poseedor de buena fe, podrá hacer suyos los frutos que los mismos produzcan, a pesar de su integración dentro de la cuarta inversa que se transmitirá, en su momento, al fideicomisario. El régimen de reparaciones en los mismos y la incidencia de los riesgos sobre ellos recayentes será el establecido de manera general para la sustitución, al cual antes se ha hecho referencia.

III.- LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA EN EIVISSA Y FORMENTERA (REMISIÓN).

Contrastando con la extensa regulación que el Libro I de la Compilación contiene sobre la sustitución fideicomisaria, el Libro III le dedica un solo capítulo –el capítulo V– con la rúbrica “De las sustituciones”, integrado por un solo precepto de poca extensión –el artículo 78– que dice: “el disponente puede ordenar sustituciones en todos sus bienes o parte de ellos mediante cualquier acto de liberalidad *inter vivos* o *mortis causa*. Los fideicomisos y sustituciones fideicomisarias se interpretarán conforme a la tradición jurídica insular”.

A pesar de su parquedad, el precepto sienta una serie de principios, como son la posible existencia de los fideicomisos universales y particulares (*en todos sus bienes o parte de ellos*) y que pueden establecerse en testamento y en pacto sucesorio, así como también en los *spoliti*. Si se disponen en testamento regirá en su integridad el Código civil – al cual remite el art. 70 CDCB³⁵– en la versión que el mismo presentaba a la entrada en vigor de la ley balear de 28 de junio de 1990, aprobatoria de la actual Compilación, por mandato expreso de la disposición final 2ª de la misma.

La teoría y la *praxis* de la sustitución fideicomisaria en las islas Pitiusas las ha puesto de relieve el Académico y profundo estudioso del Derecho de estas islas Cerdá Gimeno³⁶, para quien el hecho de ordenar sustituciones es tan antiguo como el mismo otorgamiento testamentario, siendo su práctica corriente en las Pitiusas, aunque parece destacable su desaparición paulatina en la práctica social en los últimos cuarenta años, lo cual puede obedecer a muy diversas causas; entre las cuales se podría apuntar: la profunda transformación social de las Islas y el cambio de su economía, la no poca influencia de los prácticos del Derecho que son más amigos de no plantearse

35.- art. 70 “Todo lo relativo a la sucesión testamentaria se regirá por el Código civil, con las excepciones contenidas en este Libro”.

36.- Cerdá Gimeno Comentarios al Código civil y Compilaciones forales tomo XXXI Vol 2º b pág. 508.

problemas y el uso frecuente de otros medios alternativos al típico acto *mortis causa*. Ello, sin embargo, no debe abocar a la proscripción de su regulación, ya que –concluye dicho autor– siempre que el disponente pretenda las finalidades que la institución cumplió en el pasado, necesariamente habrá que recurrir a la sustitución fideicomisaria.

El libro III de la Compilación de 1961 dedicaba a las sustituciones fideicomisarias un único precepto – el art. 78 asimismo– expresivo de que “Serán válidas las sustituciones fideicomisarias hasta el segundo grado o a favor de personas que vivan al tiempo de fallecimiento del testador”. Realmente tal disposición queda englobada dentro de la remisión general al Código civil que se contiene en el actual art. 78 de la Compilación, pues el art. 781 Cc sienta exactamente la misma doctrina. Por ello resulta de mayor rigor técnico la actual redacción del precepto, dado que, en palabras de Cerdá Gimeno ³⁷ –uno de los dos ponentes de la reforma de 1990, juntamente con el también Académico Bernardo Cardona Escandell– se ha producido una ampliación del ámbito *subjetivo*, dado que el sustituyente podría ser no solo el testador; del ámbito *objetivo*, al abarcar la norma a todas las sustituciones y no solo a las fideicomisarias; y del ámbito *formal*, al traspasar el estrecho margen de la vía testamentaria para pasar a comprender cualquier sustitución ordenada por acto *inter vivos* o *mortis causa*. Y, de otra parte, con la remisión al Código civil, se establece la normativa por la que dichas sustituciones se rigen. Precisamente por ser dicha normativa la del Código civil me abstengo de detenerme en este punto, remitiendo a la detallada y exhaustiva obra de Cerdá Gimeno.

Sólo apuntar que esta remisión al Código civil determina la inaplicación en las Pitiusas de dos instituciones que perfilan, estructuran y humanizan la sustitución fideicomisaria en Mallorca y Menorca, como son la posible detracción de la cuarta trebeliánica por parte del fiduciario –verdadero acicate para que no quede la herencia sin aceptar– y la posible venta con autorización judicial de los bienes fideicomitados para invertir su importe en otros de mayor rentabilidad, que sustituirían a aquéllos en virtud del principio de la subrogación real. En alguna ocasión, en sede académica, se ha tratado, *de lege ferenda*, de la posible extensión de estas figuras al Derecho de las Pitiusas, tropezando con el profundo rechazo de un sector doctrinal pitiuso. Sin volver sobre el tema, cúmpleme tan solo apuntar que tal posibilidad podría venir propiciada por influencia catalana –no mallorquina–, dado que el art. 426-31 del Código civil de Cataluña relativo a las sucesiones (ley 10/2008 de 10 de julio) configura la posible detracción de la trebeliánica

37.- Cerdá Gimeno, ob cit. pág. 644.

como un derecho del fiduciario, y el art. 426-40 de dicha ley recoge la posible venta con autorización judicial de los bienes fideicomitidos para reemplazarlos por otros que queden sujetos al fideicomiso mediante la subrogación real. Ello, unido al entronque de los fideicomisos de las Pitiusas con el Derecho catalán, proclamado por la mejor doctrina³⁸, podría fundamentar la futura incorporación al Derecho sucesorio pitiuso de estas plausibles instituciones.

Finalmente se quiere hacer una pequeña consideración sobre el párrafo segundo del art. 78 CDCB, expresivo de que la interpretación de los fideicomisos deberá realizarse de acuerdo con la tradición jurídica insular. Para afirmar que se está totalmente de acuerdo con el texto legal. La distancia geográfica entre las islas de Mallorca y las Pitiusas y , sobre todo, la existencia del mar por en medio, imponen que un elemento jurídico tan ligado al territorio como es la costumbre surja aisladamente en cada una de las Islas, en base a usos inveterados en diversas localidades de las mismas, sin que se puedan lógicamente tenerse en cuenta los usos que se vienen observando en las localidades de las otras islas que, simplemente, son ignorados. Se muestra, por tanto, la total conformidad con la llamada a la costumbre insular de las Pitiusas como elemento de interpretación e integración de las sustituciones fideicomisarias.

IV.- POSIBLES REFORMAS LEGISLATIVAS EN LA MATERIA.

Nobody is perfect y menos todavía lo es nuestra Compilación. Es evidente que la técnica legislativa ha cambiado mucho entre el año de aprobación del actual texto legal de nuestra Compilación –1990– y la actualidad. Entre otras anomalías, la Compilación aparece huérfana de títulos indicativos del contenido del precepto, lo cual es usual en las leyes elaboradas hoy en día. De otra parte, las remisiones al Código civil son continuas, hasta el punto de existir, en algún caso, tres en un solo precepto. Es un botón de muestra de estas defectuosas remisiones el hecho de despacharse la regulación de la nulidad de la donación universal otorgada por razón de matrimonio, no seguida del mismo, con estas palabras: “en su caso, será de aplicación el artículo 1342 del Código civil”.

Y aparte de estas objeciones de carácter general, y ya en contemplación de la regulación de la sustitución fideicomisaria, nos encontramos con que algunos aspectos de la misma están huérfanos de regulación –obligando a acudir, por la vía del art. 1 CDCB, a los preceptos del Código civil, que no

38.- Cerdá Gimeno, ob. cit. págs. 509 y 645.

la contempla bajo los mismos principios– y otros sí están regulados, pero suscitan bastantes dudas, como se ha ido viendo en la exposición que precede. De manera sintética –a fin de no alargar excesivamente el presente trabajo– voy a referirme a unos y otros.

1) Aspectos de la sustitución fideicomisaria no regulados.

El examen del art. 426 de la ley 10/2008 de 10 de julio del Parlament de Catalunya nos sugiere muchos de ellos, que paso simplemente a anunciar: concepto del fideicomiso; su posible ordenación en testamento o pacto sucesorio (no en codicilo, como absurdamente permite el art. 17 CDCB, a pesar de suponer la sustitución fideicomisaria una auténtica institución de heredero); la distinción entre el fideicomiso de herencia o de cuota hereditaria y el fideicomiso particular o de legado (este último ha dado lugar a la doctrina sentada por la Sala Civil y Penal del TSJ 4/2005 de 24 de noviembre, relativa al legado modal consistente en la iglesia de Son Serra de Marina); las modalidades del fideicomiso (condicional o a plazo) con regulación de ambos; la posible pluralidad de fideicomisarios, a quienes pasaría la herencia de manera simultánea o de manera sucesiva; la necesaria interpretación restrictiva de los fideicomisos; la protección del derecho del fideicomisario para el caso de que el fiduciario ponga en peligro, disipe o dañe gravemente los bienes fideicomitidos; la protección de los intereses de los fideicomisarios no nacidos ni concebidos, con indicación de las personas que deben velar por los mismos; la pluralidad de fiduciarios, con especial consideración de las particiones de herencia entre los herederos fiduciarios y divisiones entre los mismos de los bienes hereditarios, planteando la cuestión de si puede hacerse sin intervención de los fideicomisarios (precisamente la reciente resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de Noviembre de 2015 señala, no sin contradicción, que si bien debe primar la extinción del condominio, por lo que no sería preciso en todo caso el consentimiento de los fideicomisarios, la demanda de división debe interponerse también contra ellos); percepción de la cuarta trebeliánica en caso de varios herederos fiduciarios; establecimiento del principio de subrogación real para los bienes que se obtengan mediante la disposición de los integrantes de la herencia fideicomitada, salvo que deba destinarse su importe a las obligaciones establecidas *ex lege*; disposición de bienes por el fiduciario bajo su propia responsabilidad (supuestos de que formen parte de la herencia bienes fungibles, una industria –con el consiguiente tráfico de bienes– o el supuesto de valores bursátiles cuya venta sea aconsejable por razones de mercado, etc...), responsabilidad del fideicomisario por las deudas del fideicomitente si el fiduciario no las hubiere pagado, derechos y obligaciones del fiduciario hasta que se produce la delación fideicomisaria

en relación con la percepción de frutos, rentas, dividendos y ampliaciones de capital; obligaciones y derechos del fiduciario respecto de las obras y mejoras en los bienes fideicomitidos y los supuestos de pérdida, daños y menoscabo de los mismos; las mismas circunstancias en el período en que el fiduciario ejerce el derecho de retención en espera del pago del saldo resultante de la liquidación... Éstas y aún muchas otras cuestiones podrían abordarse en una regulación completa y detallada de los fideicomisos.

2) Aspectos de la sustitución fideicomisaria cuya regulación en la Compilación puede ser objeto de reconsideración.

Se van a exponer de manera sintetizada y con referencia a los diversos preceptos de la Compilación.

A) La limitación de llamamientos (art. 25 CDCB).

Debería: definirse lo que debe entenderse por fideicomiso familiar; confirmar la posibilidad de llamamiento, en los fideicomisos familiares y no familiares, de personas inexistentes al disponerse el fideicomiso pero determinables según las reglas que se establezcan; imponer la nulidad de los llamamientos que excedan de los límites legales y la validez de los que no excedan, aunque formen todas partes de una misma disposición.

B) Conversión de la sustitución fideicomisaria en vulgar (art. 26 CDCB).

Debería suprimirse el adverbio “siempre”, salvando la voluntad del disponente de establecer un efecto contrario del señalado por el precepto.

C) Hijos puestos en condición (art. 28 CDCB).

Aclarar que en la denominación de “hijos” hay que entender incluidos los demás descendientes, salvo disposición en contra del testador; entender que el fiduciario, o sus hijos, no mueren sin hijos en caso de estar éstos concebidos, aunque no nacidos aun, al producirse la delación fideicomisaria; y establecer que, en caso de llegar a heredar los hijos puestos en condición éstos heredan por partes iguales, salvo que el disponente establezca lo contrario.

D) Cuarta trebeliánica (art. 29 CDCB).

Salvar la contradicción entre la consideración de la cuarta como *pars bonorum* y la facultad que se le da al fiduciario, en el art. 33 b), de vender bienes de la herencia para percibirla; establecer el derecho del

fiduciario a hacerla suya en cualquier momento, desde que aceptó la herencia fideicomitada hasta que se produce la delación fideicomisaria, así como el de sus herederos a percibirla si él no lo hubiera hecho; señalar la transmisibilidad *inter vivos* del derecho a la cuarta (la *mortis causa* ya está legalmente prevista); establecer que la cuarta sólo se devengará, en su caso, en los fideicomisos de herencia (sea de la universalidad de la misma sea de una cuota hereditaria), pero no en los fideicomisos particulares (de legado o de legítima, al ser éste legalmente posible); plantearse si hoy en día, con la facilidad de comunicaciones, no tiene sentido la exigencia de dos plazos para la realización del inventario según que el fiduciario resida o no en la isla.

E) Derechos y obligaciones del fiduciario (arts. 30, 31 y 32 CDCB).

Debería establecerse, de entrada, la obligación del fiduciario de conservar los bienes de la herencia, ejercitando las acciones conducentes a su conservación y procediendo al cobro, para su integración en la herencia, de los créditos de la misma contra terceros; así como la obligación de administrar dichos bienes de manera leal y responsable.

F) Disposición de los bienes fideicomitados (arts. 33 y 34 CDCB).

En el apartado a) del art. 33 podría exigirse que, además del consentimiento de los fideicomisarios, se diera el de los sustitutos vulgares designados; debería establecerse la posible disposición en los casos en que viniere impuesta por la naturaleza de los bienes de que se trate (bienes fungibles, integración en el fideicomiso de una industria, con el consiguiente tráfico de bienes y mercancías, cartera de valores...); salvar la contradicción de la facultad dada al fiduciario para vender bienes de la herencia, a fin de percibir su legítima y su cuarta trebeliánica, con la consideración de ambas como *pars bonorum*.

G) La delación fideicomisaria (arts. 35 y 36 CDCB).

El art. 35 tan solo establece un plazo para la entrega de la herencia al fideicomisario si ha habido requerimiento; ¿qué ocurre si no lo ha habido? Aclarar que el plazo de 30 días para la entrega de la herencia empieza a correr desde el requerimiento del fideicomisario, pero queda interrumpido al presentarse la liquidación, empezando a correr de nuevo desde que la liquidación es aceptada y pagada o se resuelva la contienda judicial sobre la misma.

H) Fideicomiso de residuo (art. 37 CDCB).

Confirmar que la determinación de la cuarta inversa la podrán solicitar los fideicomisarios en cualquier momento; y que la cuarta inversa, una vez determinada, viene a ser una *pars bonorum*, no afectándola los incrementos o disminuciones de valor de los bienes que la integran ni sus posibles accesiones.

No quiero terminar este apartado sin poner de relieve que la modificación legislativa, en el marco de la sustitución fideicomisaria, no tiene carácter de urgencia, sino que se adscribiría dentro de una reforma de carácter general en materia de sucesiones, caracterizada por una mayor presencia de los principios y tradiciones jurídicas propias y que hiciera innecesario el continuo auxilio del Código civil como Derecho supletorio. Precisamente una reforma guiada por estos parámetros es en la que está trabajando actualmente la Comissió Assessora de Dret civil del Govern Balear.

V.- LA EXTRAÑA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA SOBRE LA LEGÍTIMA: EL NUEVO JUGUETE QUE EL HADA DEL DERECHO HA PUESTO EN MANOS DE LA DOCTRINA.

La ley 41/2003 de 18 de noviembre de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad introdujo una importante novedad al modificar los arts. 782 y 808 Cc, permitiendo la constitución sobre el tercio de legítima estricta de una sustitución fideicomisaria, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos. Se abría así una considerable brecha en el principio de intangibilidad de la legítima.

Nuestra Real Academia realizó un análisis de la mencionada ley –en particular en lo que respecta a su vertiente sucesoria– el cual fue publicado en el X Boletín con el título de “Medidas sucesorias a favor del descendiente con incapacidad”. Previamente, el Académico Jaime Ferrer Pons había publicado en la revista *Missèr* del Ilustre Colegio de Abogados de las Illes Balears un artículo sobre la materia titulado “La ley 41/03 y el Derecho civil balear”. En ambos trabajos científicos se expresaba la imposible entrada de tal sustitución en nuestro Derecho civil propio, por oponerse a la intangibilidad de la legítima, la cual constituye uno de nuestros principios sucesorios; si bien es cierto que, como tal principio, no está declarado expresamente en la Compilación, es evidente su deducción de los preceptos que establecen los *quantums* legítimarios, de los que se deduce el derecho de quienes acreditan legítima a percibir las cuotas señaladas en dichos artículos sin merma ni gravamen.

La noble aspiración de la reforma apuntada -tendente a la protección, de cara al futuro, de las personas con capacidad judicialmente modificada- determinó que la Comissió Assessora de Dret civil del Govern balear apuntara la conveniencia de introducir asimismo la figura reseñada dentro de nuestro Derecho. A tal efecto, se redactó un proyecto de ley de modificación de la Compilación, que ha hecho suyo el Govern, el cual, en lo que respecta al art. 49 de la misma, comienza por establecer el principio de intangibilidad de la legítima, para apuntar después la existencia de dos excepciones a dicho principio. La primera es la conocida *cautela socini*, reproduciendo el actual art. 49 de la Compilación; la segunda tiene el siguiente tenor literal:

“2. Quan algún dels fills o descendents amb dret a llegítima hagi estat persona amb capacitat modificada judicialment, el testador pot establir una substitució fideicomissària sobre l'íntegra quota legitimària que correspongui d'acord amb l'article 42; són fiduciàries els fills o descendents amb dret a llegítima judicialment incapacitats i fideicomissaris els restants legitimaris per parts iguals, sens perjudici del dret de representació. En aquest supòsit els legitimaris no podran exercir la facultat que preveu l'apartat 1 d'aquest precepte encara que el testador l'hagi establerta.” (Esta facultad es la opción del legitimario entre aceptar la disposición del testador o hacer suya la legítima libre de toda carga o limitación).

Los problemas técnicos que plantea esta extraña figura introducida por la ley estatal 41/2003 antedicha -y, con parecidas palabras, por el proyecto del Govern balear al que acabamos de referirnos- son numerosísimos, habiendo provocado el nuevo art. 808 del Código civil una amplísima literatura jurídica. Se ha tratado, en definitiva -recordando las famosas palabras de Ihering referidas a la posesión- de un nuevo y apasionante juguete que el hada del Derecho ha puesto en manos de la doctrina.

Dada la índole del presente trabajo no es posible realizar una exposición pormenorizada de dicha problemática, pero sí es mi propósito hacer una pequeña referencia a la misma, advirtiendo, de entrada, que mis comentarios se circunscriben al texto que figura en el proyecto de ley del Govern balear, que, en estos momentos, va siguiendo su *iter* parlamentario. Concretamente considero de especial interés los puntos que a continuación se analizan.

1.- Naturaleza jurídica de esta sustitución y su consecuencia: la no detracción de la cuarta trebeliánica.

Líneas atrás, al exponer las posibles reformas legislativas, se trataba de la división de los fideicomisos en universales (de herencia o de cuota here-

ditaria) y particulares, de los cuales el supuesto prototípico era el de legado. La sustitución fideicomisaria sobre la legítima constituye un fideicomiso particular, ya que no se constituye sobre la universalidad de la herencia ni sobre una cuota hereditaria (mitad, tercera parte, etc...) sino sobre una parte determinada de la misma: “l’íntegra quota legitimària que correspongui d’acord amb l’article 42”. Ello supone que, en ejecución de la disposición establecedora de tal sustitución, debe procederse a la determinación de la legítima, pasando a recaer la sustitución sobre los bienes que, a consecuencia de dicha determinación, la integren. En el caso de haber dispuesto el testador, o el heredero distribuidor, el posible pago de la legítima en metálico, la sustitución recaería sobre el capital resultante de la determinación de la legítima.

El hecho de tratarse de un fideicomiso particular arrastra una primera consecuencia, que es de vital importancia en el Derecho de Mallorca y Menorca: la no detracción de la trebeliánica. De la misma forma que en el fideicomiso de legado ello sería impensable, también lo sería en este caso, al recaer la sustitución sobre una parte determinada y concreta de la herencia. Aparte de ello, el perjuicio que se causaría a los legitimarios fideicomisarios sería evidente, ya que no solamente se les deferiría una legítima aplazada –no la percibirían hasta producirse la delación fideicomisaria– sino que, además, sería una legítima disminuida. No solamente se iría contra el principio de la intangibilidad cualitativa –dado el aplazamiento en su percepción– sino también contra el de intangibilidad cuantitativa. A pesar de su obviedad, posiblemente hubiera sido recomendable que ello se dijera en el texto del precepto obrante en el proyecto del Govern balear, a fin de evitar dudas y, posiblemente y en su día, reclamaciones judiciales infundadas.

2.- Su establecimiento a favor de las personas con capacidad judicialmente modificada.

El proyecto de ley balear ha seguido fielmente el modelo del Código civil que excluye otras posibles discapacidades como determinantes de esta situación. El establecimiento a favor de una persona incapacitada judicialmente se convierte así en una *conditio iuris* para disponer una sustitución de este tipo.

Se han suscitado diversas opiniones sobre el fundamento de este aserto. Desde la necesidad de fiscalizar, en nombre del incapaz, la sustitución, lo cual reservaría la misma para las personas a quienes se nombran tutores o curadores³⁹, hasta la política legislativa de fomentar la incapacitación

39.- Herrero Oviedo Pertinencia de la sustitución fideicomisaria a favor del incapacitado, pág. 289 y Díaz Alabart El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación pág. 24 y 25.

judicial para la debida asistencia de los que se encuentren en la situación correspondiente a la misma⁴⁰. Realmente se está de acuerdo con Martín Meléndez,⁴¹ quien afirma que la exclusión de los simples discapacitados obedece a querer reducir las posibilidades de exceptuar la aplicación del principio de intangibilidad de la legítima, pues el número de personas con capacidad modificada judicialmente es mucho menor que el de discapacitados. A esta misma conclusión llegó la Comisión académica de Derecho privado de nuestra Real Academia, que hacía este mismo razonamiento, añadiendo que, de extender la posibilidad de esta sustitución a quienes sufran una simple discapacidad, sería posible, dada la mejora de la asistencia sanitaria, que los restantes legitimarios no lleguen a percibir en vida lo que por legítima les corresponda⁴².

Puede suscitarse la cuestión de cuando ha de producirse la declaración de incapacidad del nombrado fiduciario. La *communis opinio*⁴³ considera que ello no sería necesario en el momento de disponerse la sustitución, pero sí sería absolutamente preciso al abrirse la sucesión, lo cual coincidirá con la muerte del fideicomitente. Ello en base, particularmente, a lo dispuesto por el art. 758 Cc⁴⁴, precepto que sería también aplicable en nuestro Derecho. Puede darse el caso de que, al abrirse la sucesión, el proceso de incapacitación esté simplemente iniciado, sin que haya recaído todavía la sentencia declaratoria de la incapacitación. En este caso también la doctrina ha considerado que la sustitución podría ser eficaz, siempre que el proceso concluyera con la incapacitación del fiduciario⁴⁵.

3.- ¿Es preciso que el fideicomitente haya dispuesto a favor del fiduciario con capacidad judicialmente modificada de la parte libre de la herencia?

Es obvio que esta especial sustitución que se viene estudiando tiene como finalidad exclusiva la protección del descendiente con capacidad

40.- Espejo Lerdo de Tejada, El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad pág. 137.

41.- Martín Meléndez Sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta pág. 63.

42.- Medidas sucesorias a favor del descendiente con incapacidad. Boletín X de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares pág. 118.

43.- Martín Meléndez, ob cit. pág.64 y Puig Ferriol "Protección del discapacitado: aspectos sucesorios" en Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados, pág. 294, entre otros.

44.- Art. 758 Para calificar la capacidad del heredero o legatario se atenderá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate.

45.- Martín Meléndez, ob cit. pág. 65 y Diaz Alabart, ob cit. pág. 24 entre otros.

judicialmente modificada, velando por su futuro. Lo cual, en buena lógica, supone que el disponente no solamente le destina la parte libre de la herencia, sino que *además* establece una sustitución fideicomisaria sobre la íntegra cuota legitimaria. Pero es obvio que no tendría sentido que perjudicara a los demás legitimarios con el gravamen que supone el aplazamiento de la legítima, si la parte libre se dispone a favor de personas distintas del descendiente incapacitado. Antes de gravar la legítima con la sustitución, el testador podría y debería haber recurrido al cauce normal de dejar a aquél la parte libre de la herencia.

Como era de esperar, el tema ha suscitado fuertes debates en la doctrina que ha estudiado la sustitución del art. 808 Cc. Martín Meléndez⁴⁶ proclama sin ambages que sólo podrá constituirse la sustitución fideicomisaria cuando, además de su porción en el tercio de legítima estricta, todo el tercio de mejora y el de libre disposición se hayan atribuido al incapacitado, puesto que ésto es lo que se deriva de la Exposición de Motivos de la Ley, según la cual, “se permite que el testador pueda gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta, *pero sólo cuando ello beneficiare* a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado”. En la posición contraria se sitúan Albadalejo⁴⁷, quien se basa fundamentalmente en el hecho de estarse ante una exigencia no proclamada específicamente en la ley, y Leña Fernández⁴⁸, quien argumenta que el texto de la Exposición de Motivos de la Ley expresivo de que “tan solo podrá establecerse esta sustitución cuando *ello beneficiare* a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado”, debe interpretarse en el sentido de que la Ley exige solamente que la sustitución –y nada más, según resulta de la palabra “ello”– beneficie al incapacitado.

Una posición intermedia es la defendida por Díaz Alabart⁴⁹ para la cual el tercio de mejora ha de ir necesariamente y por completo al hijo o descendiente incapacitado, pero del tercio de libre disposición el testador puede disponer a su antojo, porque para eliminar totalmente la libertad de disposición respecto de dicho tercio tendría que haber una norma expresa y porque puede haber otros intereses necesarios de protección, como es el del cónyuge viudo.

46.- Martín Meléndez, ob cit. pág. 100.

47.- Albadalejo García, A vueltas con la sustitución fideicomisaria que grava a favor de un descendiente incapacitado la legítima estricta de los demás págs. 171 y 172.

48.- Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003 págs. 191 y 192.

49.- Díaz Alabart ob. cit. pág. 32.

Es evidente, de entrada, que en nuestro Derecho no caben matizaciones, relacionadas con el tercio de mejora, como la que se acaba de exponer. Meditando sobre la cuestión se impone primeramente la consideración de que sería un auténtico absurdo gravar la legítima con una sustitución y disponer de la parte libre de la herencia a favor de personas distintas del descendiente incapacitado. No me cabe duda de que los restantes legitimarios podrían impugnar la sustitución, que aparecería desprovista de fundamento. Pero, desgraciadamente, las cosas en Derecho no son siempre tan simples. Piénsese en el caso de que el testador establezca la sustitución de que se viene tratando y dispone de la parte libre en favor del cónyuge viudo –por encima de sus derechos legitimarios– a fin de cederle sus derechos sobre la vivienda conyugal, o que, simplemente, dispone a su favor de una parte de dicha porción libre.

Creo que estamos ante una situación tan compleja que no hay más solución que dejarla al arbitrio judicial. Si la ley dijera expresamente que toda la porción libre tiene que ser para el incapacitado, ello podría suponer perjudicar los intereses y no cubrir las futuras necesidades de ciertos familiares y, en especial, del cónyuge viudo. Ante la evidencia de que una regla legal en este sentido podría ser injusta, que sean los Tribunales, tras el examen atento de las peculiaridades de cada caso, quienes digan si son compatibles con la sustitución las disposiciones sobre la parte libre a favor de personas distintas del incapacitado. Y, para ello, deberán tener en cuenta, entre otras posibles consideraciones, las siguientes: el proyecto de ley balear no impone expresamente, como *conditio iuris* para establecer la sustitución, la obligación de dejar al descendiente incapacitado toda la parte libre de la herencia; el gravamen de la sustitución sobre la legítima tiene que tener una justificación que, en el presente caso, no puede ser otra que la de favorecer al incapacitado, pero pareciendo absurdo establecer dicha sustitución si había otros medios más *normales* para procurar dicho beneficio; y que excepcionalmente podrían ser admitidas las disposiciones sobre la parte libre a favor de persona distinta del incapacitado si son de escasa cuantía –en proporción al total de la herencia–, se realizan a favor de parientes próximos igualmente necesitados y se sitúan al lado de otras disposiciones sobre la parte libre a favor del hijo o descendiente incapacitado. En definitiva, que la sustitución no aparezca como un fraude a los legitimarios.

4.- ¿Puede el nieto con capacidad judicialmente modificada ser fiduciario de esta sustitución?

Dentro de los requisitos que estamos contemplando para que sea posible el establecimiento de la sustitución fideicomisaria sobre la legítima se impone

ahora pasar a considerar la cuestión de si, junto a los requisitos ya vistos, debe exigirse el de que la persona con capacidad judicialmente modificada a quien se designa fiduciario de la sustitución sea legitimario del fideicomitente. De optar por la exigencia, es obvio que el nieto, viviendo el padre, no tiene la consideración de legitimario y, consiguientemente, no puede establecerse la sustitución a su favor.

La doctrina centrada en el Código civil ha estudiado ampliamente este supuesto. Martín Meléndez⁵⁰ considera que el nieto incapacitado podría ser fiduciario de esta sustitución aunque viva su padre y sea capaz de aceptar, aduciendo como argumentos el hecho de suponer dicha sustitución una mejora para el nieto, por lo que habría que aplicar la doctrina mayoritaria según la cual se puede mejorar a los nietos viviendo los padres; arguye también el tenor literal del art. 808 Cc, que habla de *hijos o descendientes* judicialmente incapacitados. Serrano García⁵¹ opina, por el contrario, que un nieto incapacitado del fideicomitente no puede ser fiduciario viviendo su padre, alegando, entre otros argumentos, el carácter excepcional de la sustitución de que se trata, por lo que no puede extenderse a un caso distinto del contemplado, en el que se exige al fiduciario la condición de legitimario, siendo evidente que el nieto incapaz, viviendo su padre, no lo es. Albadalejo⁵² señala –no sin razón– que si los descendientes que no sean legitimarios no pueden tener derecho alguno a la legítima, menos tendrán derecho a gravar la legítima estricta de los otros.

Centrada la cuestión en nuestro Derecho es oportuno partir de la base de que en el proyectado art. 49 se habla expresamente de “fills o descendents amb dret a llegítima”, con lo que se orienta la resolución de la cuestión hacia la consideración de que el nieto incapacitado, viviendo el padre, no es un descendiente con derecho a legítima, por lo que no sería factible establecer la sustitución fideicomisaria sobre la legítima en su beneficio. Piénsese en que la solución contraria podría suponer –al tratarse de una nueva generación– un considerable alargamiento del plazo durante el cual los fideicomisarios se verían privados del disfrute de la legítima.

5.- ¿Debe estar la legítima del fiduciario incapacitado incluida en la sustitución?

50.- Martín Meléndez, ob. cit. pág. 72.

51.- Serrano García Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003 pág. 469.

52.- Albadalejo García, ob cit. pág. 212.

Las palabras con que se expresan tanto el Código civil como el proyecto del Govern balear dejan poco lugar a las dudas. El primero habla de una sustitución *sobre el tercio de legítima estricta*, mientras que el segundo se refiere a una sustitución *sobre l'íntegra quota legitimària que correspongui d'acord amb l'article 42*. Es evidente que la interpretación literal de estos textos aboca a una sustitución sobre la íntegra legítima, sin deducir la parte correspondiente al incapacitado.

Sin embargo, en la doctrina centrada en el Art. 808 Cc, Martín Meléndez⁵³, entre otros autores, rechaza tal posibilidad, entendiendo que la sustitución solo puede imponerse sobre la parte de la legítima estricta de los legitimarios no incapacitados. Argumenta fundamentalmente que en ningún lugar, ni a lo largo de la Exposición de Motivos de la Ley ni en los artículos modificados, se hace alusión alguna, directa ni indirecta, a que el incapacitado no perciba inmediatamente su legítima ni a que tenga que compensar a los legitimarios no incapacitados con la futura cesión de su legítima individual, considerando que si la finalidad de la ley es proteger al incapacitado, la interpretación de sus normas debe ser aquella que más le favorezca, es decir la que defiende que sobre su legítima estricta no puede recaer la sustitución sino que tiene que recibirla en plena propiedad el incapacitado. Precisamente Espejo Lerdo de Tejada⁵⁴ había indicado que recayendo la sustitución fideicomisaria sobre el total tercio de legítima no dejaría de producirse una compensación, pues, al tener lugar la delación fideicomisaria, recibirían los fideicomisarios un plus a añadir a lo que normalmente les hubiera correspondido, que sería la porción legitimaria del incapacitado.

Centrando la cuestión en nuestro Derecho, hay que partir del hecho de que las palabras empleadas en el proyecto de ley del Govern son rotundas, al dar la posibilidad de establecer una sustitución fideicomisaria sobre *l'íntegra quota legitimària que correspongui d'acord amb l'article 42*. Es evidente que esta sustitución se configura sobre la íntegra (tal es la palabra empleada) cuota legitimaria, por lo que parece que el proyecto rechaza el juego de la voluntad del testador para excluir de la sustitución la cuota viril del legitimario incapacitado. Téngase en cuenta que estamos en el ámbito de la legítima, en el que la voluntad del testador viene condicionada por las disposiciones de la ley. Por ello, si está permitida excepcionalmente la sustitución sobre la íntegra cuota legitimaria, no podrá el testador –en base al principio de que quien puede lo más puede lo menos– establecerla, en caso de varios legitimarios no incapacitados, sobre la cuota viril de uno de

53.- Martín Meléndez, ob cit. pág. 97.

54.- Espejo Lerdo de Tejada, ob cit. págs. 142 y 143.

ellos y no hacerlo sobre la del otro, pues no sería de recibo una cuota viril gravada con sustitución y la otra libre, teniendo cada legitimario derecho a su legítima individual mediante la división a partes iguales de la total cuota legitimaria. Y, de la misma manera, no podrá tampoco excluir la cuota viril correspondiente al legitimario incapacitado. Posiblemente a lo más que podría llegar el fideicomitente en la sustitución sería a hacerla recaer sobre una parte alícuota de la legítima (la mitad, la tercera parte...) pero sin que ello implique desigualdades entre los legitimarios, incluido el incapacitado.

De ser ello así –y difícilmente una interpretación literal de la ley nos llevaría a otra conclusión–, es claro que tal sustitución no siempre será un beneficio para el incapacitado. Piénsese en una sucesión con dos hijos y uno de ellos incapacitado. ¿Qué es preferible para este último: disponer del sexto de la herencia que por legítima le corresponde en plena propiedad o de un tercio de la misma como mero fiduciario sin posibilidades de disposición? Ahora que aun se está a tiempo debería concretarse de manera definitiva este punto en el proyecto de ley.

6.- La posible pluralidad de legitimarios incapacitados.

De entrada, hay que constatar que, al tratar del tema, tanto el art. 808 Cc como el proyecto de ley balear se expresan en plural. Los fiduciarios han de ser, según el Código civil, “los hijos o descendientes judicialmente incapacitados” y según el proyecto balear “els fills o descendents amb dret a llegítima judicialment incapacitats.” Para Martín Meléndez⁵⁵ el plural empleado por el legislador no vincula, por lo que la sustitución puede establecerse nombrando fiduciario a uno, alguno o a todos los hijos o descendientes judicialmente incapacitados. Pero, por el contrario, Puig Ferriol⁵⁶ señala que si hay varios descendientes judicialmente incapacitados, todos los incapacitados serán fiduciarios y todos los no incapacitados fideicomisarios.

En las dos normativas reseñadas parece que esta excepcional sustitución se impone sobre la legítima, en su integridad, y para una finalidad concreta, que no es otra que el beneficio de los legitimarios incapacitados; por lo que no se acaba de ver, en principio, la posibilidad de excluir a uno de ellos de los beneficios de la sustitución. Es cierto que no todas las incapacidades son iguales y que las minusvalías pueden ser de distinto grado; pero si la situación de discapacidad ha llegado al extremo de convertirse en incapacitación judicial es por la gravedad de la situación; razón por la cual no parece lógica

55.- Martín Meléndez, ob cit. pág. 67 y siguientes.

56.- Puig Ferriol, ob. cit. pág. 281.

la exclusión de alguno de los legitimarios incapacitados. Otra cosa es que, en el caso de ser las incapacidades de distinto grado, el testador pueda adjudicar bienes en mayor o menor medida a uno u otro legitimario incapacitado, pero siempre extrayéndolos de la parte libre de la herencia.