

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA CUARTA TREBELIÁNICA:
NOV. 1.2.2, ART. 231 DEL CODI DE SUCCESSIONS DE CATALUNYA

Anna Caballé Martorell

En esta breve intervención, yo quisiera modestamente reflejarles una viva polémica del *ius comune* al filo de las fuentes romanas que tiene eco en el Derecho civil de Catalunya. No se trata tanto de una exégesis crítica de estas fuentes, como de ver el uso pragmático que de ellas hacen los juristas del *ius comune*, en concreto, los autores de la tradición jurídica catalana.

Sabido es que en el derecho civil catalán rigen los principios sucesorios romanos¹, y así ha sido ratificado en la exposición de motivos del actual Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya (CS)².

Como en Catalunya también es necesaria la institución de heredero para la validez del testamento³, han sido tradicionalmente aplicadas las medidas tendentes estimular la acep-

¹.- A finales del S.VIII, en la parte nort-oriental de la península ibérica regía, en lo que al Derecho privado y Derecho penal se refiere, el derecho visigodo contenido en el *liber iudiciorum*. Dicho texto legal, carecía en el libro IV dedicado al Derecho sucesorio -por centrar esta brévisima referencia a la tradición en el tema objeto de la presente comunicación-, de una institución de tipo sustitutorio como pudiera ser el fideicomiso. La crisis que conoce en los siglos XI y XII la tradición jurídica visigoda, la dominante en este momento en Cataluña, favorece su reemplazamiento por los nuevos principios y reglamentaciones del *ius comune*. Éste, contempla una serie de instituciones que se adaptan perfectamente a las necesidades de la realidad social catalana del momento y penetra profundamente en su vida jurídica. Así, tratándose de una sociedad eminentemente agrícola, donde la propiedad de la tierra adquiere una importancia fundamental, el *ius comune* proporcionó a los catalanes el instrumento que les permitía vincular la propiedad de esta tierra a través de las generaciones; se trata, evidentemente, de la institución del fideicomiso. Cfr. FONT RIUS, *La recepción del Derecho romano en la península ibérica durante la Edad Media, Recueils de Mémoires et Travaux publiés pour la Société d'Histoire du Droit de Montpellier*, VI, (1967); SOBREQUES y VIDAL, *Història de la producció del dret català fins al decret de Nova Planta*, Girona, 1981; IGLESIA FERREIROS, *La difusión del Derecho común en Cataluña*, en las *Actes del I Simposi Internacional: el Dret comú i Catalunya*, Barcelona 1991; TATJER, *Survivance du ius commune dans le droit des successions en Catalogne. Une institution concrète: le fidécommis*, en RIDA, 50, 1993, p. 434 y ss.

².- "No es modifiquen, per tant, els grans principis propis del Dret Romà, tan arrelats en el Dret successori català. El principi de necessitat d'hereu en la successió és recongut, bàsicament, als articles, 1, 3, 67, 102, 125, 136 i 323. El principi d'universalitat del títol d'hereu resulta dels articles 1 i 34, entre altres. El principi d'incompatibilitat de títols successoris és proclamat, en essència, als articles 3, 41 i 322, complementats pels articles 138, 139 i 140...Aquests principis, arrelats a la tradició i vius avui en l'aplicació del Dret a Catalunya, es mantenen íntegrament, atesa la inexistència de justificacions d'ordre jurídic, social o pràctic suficients que facin aconsellable la seva modificació, ni que sigui parcial".

³.- No así en el código civil que, a diferencia del Derecho romano y fiel a la tradición castellana reestablecida en 1348 por el Ordenamiento de Alcalá, no exige la institución de heredero para la validez del testamento: art. 764 del Cc: "El testamento será válido aunque no contenga institución de heredero, o ésta no comprenda la totalidad de los bienes, y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar." En consecuencia, toda la herencia puede deferirse en legados; y es que la institución de heredero en el Cc es, simplemente, una disposición de contenido patrimonial, a diferencia de lo que ocurre en Cataluña, donde el concepto de heredero no es tan sólo económico, sino que subsiste la idea romana de heredero como continuador de la personalidad del causante. Vid., al respecto, ROCA, *Natura i contingut de la llegítima en el Dret civil català*, Barcelona, 1975. Una particularidad en Cataluña: si el testamento es otorgado por persona sujeta al derecho especial de Tortosa, tampoco será necesario para su validez que éste contenga institución de heredero: Art.136 CS: "El testament ha de contenir necessàriament institució d'hereu, llevat de l'atorgat per persona subjecta al dret de Tortosa."

tación de la herencia por parte del heredero excesivamente gravado con legados o gravado de restitución. Me estoy refiriendo, concretamente, a la cuarta falcidia y a la cuarta trebeliánica⁴.

Una de las cuestiones más ampliamente debatidas en nuestra tradición, gira en torno a la eficacia de la facultad, que se concede al ordenador del fideicomiso, de prohibir al heredero fiduciario la normal detracción de la cuarta trebeliánica.⁵

La polémica surge con Justiniano, a raíz de un pasaje de la Novela 1.2.2, en el que se dice:

*Si vero expressim designaverit non velle heredem retinere Falcidiam,
necessarium est testatoris valere sententiam...*

Prácticamente todos los autores de Derecho intermedio, desde Cáncer en sus *Variarum resolutionum*, a Fontanella en su *De pactis nuptialibus*, Gibert en su Teórica del arte de la notaria, o Vives Y Cebria en su Traducción al castellano de los usatges y demás derechos de Cataluña, por citar algunos de los más destacados, estuvieron de acuerdo en admitir que este precepto, por el cual se permitía al testador prohibir la detracción de la cuarta falcidia, era íntegramente aplicable a la cuarta trebeliánica⁵; no sólo por el hecho de que ambas cuartas, falcidia y trebeliánica, poseían la misma razón de ser y el mismo fundamento como recordaba Vinnio en sus *Quaestiones iuris selectae*,⁶ sino habida cuenta de la confusión terminológica imperante, a este respecto, en el derecho Justiniano.⁷

El verdadero problema surgía cuando el fiduciario resultaba ser hijo del fideicomitente, pues, entonces, se ponía en duda si el padre podía impedir al hijo gravado de restitución que se hiciera con la cuarta al amparo de la innovación justiniana.

Algunos doctores del *ius comune*, como Bártolo de Sassoferrato o Baldo de Ubaldis⁸, defendían que la prohibición hecha por el padre al hijo era ineficaz, apoyándose para ello

4.- Denominación, ésta última, que a pesar de no adecuarse a la realidad histórica de su origen, modernamente goza de más solera jurídica, pues, así, sigue llamando la doctrina civilista y las leyes a la cuarta pegasiana. Sobre esta falsedad histórica, propiciada por la refundición justiniana del senadoconsulto Pegasiano y Trebeliano, vid. BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*, 2ª ed., trad. Manuel Fairen, Ed. Bosch, Barcelona 1960. También, la anotación que a este respecto hace ABELLÁN, *Los fideicomisos a través de la literatura específica de los juristas romanos*, tesis doctoral, Madrid 1982, p.473, n.6. Sobre el senado consulto Pegasiano, vid. MANTHE, *Das senatus consultum Pegasianum*, Berlin, 1989.

5.- Cfr. CÁNCER, *Variarum Resolutionum Iuris Caesaris Pontificii et Municipalis principatus Cathaloniae*, Barcelona 1594, 1598, 1608, Vol.I, cap. II n.14, que equipara la trebeliánica con la Falcidia: *An trebellianica et, falcidia prohiberi possint? Res. de falcidia esse indubitatu, quod prohiberi possit, auth. sed. cum. testator C, ad l. falci. et idem dicit trebellianica, licet aliqui contradicant, per tex. in l. mulier par. fi fr. ad S.C. Trebel. par. sed quia haeredes Inst. de fideicom. haeredita. Tradunt communiter scribientes in d. auth. sed aun testator, eam habere etiam locum in trebellianica...*, también, n.79 *in fine*. En el mismo sentido, FONTELLA, *De pactis nuptialibus, sive capitulis matrimonialibus tractatus*, Génova 1659; GIBERT, *Teórica del arte de notaria*, trad. por E. de Tapia, Barcelona 1828 p. 238; VIVES I CEBRÍA, *Traducción al castellano de los Usatges y demás derechos de Cataluña*, Barcelona 1838, VOL. II p. 348.

6.- VINNIUS, *Quaestiones iuris selectae*, II, 1835, cap. 28.

7.- Sabido es que el Derecho romano sólo conocía una cuarta, la falcidia, creada para los legados y extendida a los fideicomisos por el senadoconsulto Pegasiano. Al respecto, vid. BIONDI, *op. cit.* p. 401 y 492 ss. y *supra* n.4.

8.- Cfr. BARTOLI DE SASSOFERRATO, *Super Autenticis, op. cit.*, a Authenticum: Coll. 1, 1 Vers. *Hinc nobis* = Nov. 1,2, Lugduni 1530; BALDI UBALDI PERUSINI, *In sextum Codicis Librum Commentaria*, op. cit., Auth. "*Sed cum testator*" ad l. "*In testamentum quidem militis*" (C. 6.50.7), Venetiis 1586; así como a los restantes autores citados por CÁNCER, *op. cit.* en cap. II p. 1 n.5 y VINNIUS, *op. cit.* II, cap. 28.

en un fragmento de Ulpiano, D.30.55 (9 Sab.), en el que el jurista afirmaba que nadie puede mandar en un testamento que no se observen en él las disposiciones legales⁹ y en una Constitución del emperador Zenón promulgada en el año 489, C.6.49.6, que obligaba a los hijos instituidos herederos a restituir las 3/4 partes de la herencia.¹⁰

Para Bártolo y Baldo, la Nov. 1.2.2 en la que según ellos se pretendía que Justiniano había concedido la facultad de prohibir la trebeliánica, venía referida, en realidad, a la legítima de los herederos forzosos, amparándose en el hecho de que en el lenguaje postclásico y justiniano la acepción del término falcidia alcanza tal amplitud que llega a comprender cualquier reducción legal de las disposiciones testamentarias e, incluso, se llama así a la propia legítima.¹¹

Por el contrario, otros autores como Francisco Ferrer, en sus Comentarios y Glosas a las Constituciones del principado de Cataluña¹², o, más tarde, Vinnio¹³, sostenían que el padre, como cualquier otro fideicomitente, podía prohibir perfectamente la detracción de la cuarta trebeliánica al hijo, como podía prohibirla a cualquier otro fiduciario, afirmando, en tal sentido, que la constitución de Justiniano se refería a la cuarta falcidia y, por extensión, a la trebeliánica, pero no a la legítima, cuya reserva nunca se podía prohibir a no ser que existiese justa causa. Argumentaba, además, Vinnio, al que hacemos portavoz de este sector de opinión, que los textos que sustentaban el parecer de Bártolo y Baldo eran anteriores a Justiniano y, por tanto, exponentes de una época en la que resultaba inconcebible toda prohibición de la cuarta, tanto a hijos, como a extraños¹⁴. A pesar de la consistencia

⁹.- D. 30.55 (Ulp. 9 Sab.): *Nemo potest in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum habeant, quia nec tempore aut loco aut condicione finiri obligatio heredis legatorum nomine potest.*

¹⁰.- C.6.49.6 (Zen.a.489 d.C.): *Iubemus, quotiens pater vel mater, filio seu filiis, filia seu filiabus ex aequis partibus vel inaequis heredibus institutis, invicem seu simpliciter quosdam ex his aut quendam rogaverit, qui prior sine liberis decesserit, portionem hereditatis suae superstiti seu superstitibus restituere, ut modis omnibus retenta quarta pro auctoritate Trebelliani senatus consulti, non per imputationem reddituum, licet hoc testador rogaverit vel iusserit, sed in ipsis rebus hereditariis, dodrans restituatur...*

¹¹.- La siguiente constitución de Justiniano supone un claro ejemplo de lo que afirmamos: C. 3.28.31 (Ius.a 528 d.C.): *...ut ratione Falcidiae minime illis personis derelicta, quae ad inofficiosi testamenti querellam ex prioribus vocabantur legibus, non periclitentur testamenta, sed quod deest legitimae portioni, id est quartae parti ab intestato successionis...* BIONDI, op. cit., p. 400, pone de manifiesto que a medida que la eficacia de las disposiciones testamentarias se hace independiente de la *heredis institutio*, la función de la cuarta falcidia va desvaneciéndose, pero sin llegar a desaparecer ya que pasa a servir de módulo a la legítima; de ahí, que ésta en ocasiones sea llamada impropriamente falcidia, pues el término acaba deviniendo sinónimo de toda reserva legal.

¹².- Cfr. FRANCISCO FERRER, *Commentaria sive glossemata ad utiliore[m] quandam ex constitutionibus Principatus Cataloniae incipientem, Los impubers sub rubr. de pupillaribus, et aliis substitutionibus, Lérida 1617, gl.IV, n.42, p.90: "Enumerantur Doctores tenentes prohiberi posse trebelianica in filiis primi gradus de iure communi"*.

¹³.- VINNIO *op.cit.*,II, cap. 28.

¹⁴.- VINNIO hace referencia al hecho de que en el Derecho clásico, la cuarta falcidia y la cuarta trebeliánica son normas de *ius publicum* y, por tanto, indisponibles por los particulares. Véase, D. 35.2.15.1 (Pap. 13 resp.): *Frater cum heredem sororem scriberet...sororem iure publico retentionem habituram...* y D. 35.2.15.8 (Pap. 13 resp.): *Quarta quae per legem Falcidiam retinetur...non magis minui potest quam auferri.* En efecto, en el Derecho antejustiniano el testador no podía impedir que el heredero gravado detrajese la cuarta falcidia cuando los legados no respetaban el dodrante de la herencia, y lo mismo podríamos decir de la cuarta trebeliánica respecto de los fideicomisos. La razón de que la falcidia fuera inderogable, reside en que se trata de una norma de *ius cogens*, una norma de *ius publicum*, porque trata de mantener, con la *heredis institutio*, el valor de todo el testamen-

de estos argumentos, el tema fue extraordinariamente discutido, hasta el punto de que el debate llegó hasta *noster regius senatus*¹⁵.

Para atajar *questio tam controversa* como la calificaba Cáncer¹⁶, fue necesaria la intervención del poder legislativo y, así, en el año 1599, el rey Felipe II¹⁷ otorgó la Constitución "Per conservar...", constitución única recogida en el Título 6, libro 6, Volumen 1 de las Constitucions i altres drets de Catalunya: 3ª CYADC¹⁸ I 6,6,1 (Phelip segon en la primera cort de Barcelona, any MDIC Cap. XXVII): "Per conservar los Patrimonis dels Poblatos en lo present Principat de Cathalunya, y Comtats de Roselló y Cerdanya; Statuim, y ordenam ab loatio, y approbatio de la present Cort, que sia licit, y permes als Pares qui faran testament prohibir ab paraules expresses, y no altrement la quarta Trebellianica als fills hereus en primer lloch instituhits".

Estatuyó y ordenó la constitución que, para evitar el desmembramiento del patrimonio familiar, en adelante fuese lícito y permitido a los padres prohibir con palabras expresas, y no de otra manera, la cuarta trebeliánica a los hijos instituidos herederos en primer lugar.¹⁹

Si bien la constitución real puso fin a esta discusión secular, muy pronto se suscitaron otras de mayor trascendencia si cabe, pues, después de permitir al padre prohibir la detracción de la trebeliánica al hijo gravado, se añadía en la constitución que tal prohibición debía constar "ab paraules expresses y no altrement".

Discutían entonces los autores si, atendiendo al tenor de este requisito, sólomente debía hacerse la prohibición de forma expresa cuando se tratase de hijos fiduciarios, como parecía desprenderse de la constitución - y, por tanto, bastaría la prohibición tácita para los demás fiduciarios -, o si, por el contrario, a pesar de la expresión legal, en todo caso y fuese quien fuese el fiduciario debía utilizarse una prohibición manifestada de forma ostensible y clara, como se desprendía de la novela de Justiniano - *Si vero expressim designaverit non velle heredem retinere Falcidiam, necessarium est testatoris valere sententiam*

La opinión más generalizada y la que prosperó incluso antes de la Compilación de 1960²⁰, optó por la primera postura: la de exigir, de acuerdo con la ley, el requisito de la

to que se considera un acto de interés público. Al admitirse paulatinamente que las disposiciones testamentarias podían mantenerse en algunos casos por su sola fuerza y con independencia de que el heredero aceptase o no la herencia, la cuarta falcidia va perdiendo su trascendencia al eclipsarse la razón que la originó y, por ello, Justiniano la convirtió en una disposición que el testador podía manejar a su antojo. Cfr. BIONDO, *op. cit.* p. 399 y ss. y GROSSO, *I legati*, II, Ed. Giappichelli, Torino, 1955 p. 232.

¹⁵.- Al respecto comenta PEGUERA, *Decisiones aurearum ex variis a aeri Cataloniae Senatus*, cap. 109 -versión de MASPONS, en la Revista Jurídica de Cataluña (RJC), 1924, XXX p. 227-: "En tractar d'aquesta qüestió, és precís notar que hi ha entre els autors disparitat de criteri sobre si pot, o no, fer-se aquesta prohibició als fills en primer grau; si bé la majoria defensen l'afirmativa o sigui que pot prohibisels-hi; criteri que es també el defensat per nostre tribunal..."

¹⁶.- CÁNCER, *op. cit.* p. III, cap. II, n. 93.

¹⁷.- FELIPE II de Cataluña y III de Castilla.

¹⁸.- CYADC: Constitucions y altres drets de Catalunya, texto de 1704.

¹⁹.- Como pone de relieve TATJER, *op. cit.*, p. 442, la adopción por la legislación catalana de esta disposición autorizando al testador la prohibición de la cuarta trebeliánica tiene un fundamento exclusivamente político: la protección de las clases gobernantes. A través de la aplicación de esta norma, se evitaba el desmembramiento de los patrimonios, que eran, así, transmitidos íntegramente de generación en generación.

²⁰.- Compilació del Dret civil de Catalunya, 1960. Vid. *infra* p.13.

forma expresa sólo en los casos en que el padre prohibía la detracción de la trebeliánica al hijo y, en cambio, no había inconveniente en admitir y conferir eficacia a la voluntad tácita en los demás casos en que podía prohibirse la deducción de la trebeliánica, incluso, con simples conjeturas²¹.

Frente a esta doctrina que diferenciaba entre prohibición expresa o tácita, según se tratase de un hijo o de cualquier otro fiduciario, se alzó la acreditada voz de Maurici Serrahima, al que siguió algún otro autor²², con una valiente interpretación que, fundándo-

²¹.- De la doctrina, cfr. CÁNCER: *op.cit.* p.I cap.II. ns. 15 y 16: *Dubium tamen est, et arduum, an prohibitio debeat esse formalis, an sufficiat, quod ex verbis testatoris coniciatur, testatorum voluisse filio Trebellianicam prohibere. Et videtur quod sufficiant coniecturae. Nam et de iure communi disponit text. in pár. si vero expressum, in auth in haered. et falcid. prohibitionem Trebellianicam debere fieri expressim, et tamen receptissima est sententia, posse fieri dictam prohibitionem verbis generalibus, vel per alia verba dictam prohibitionem importantia...* Para el insigne autor - *op. cit.* p.III, cap. II, n.96 -, la prohibición debía hacerse nominativa y singularmente, con palabras que específicamente expresaran dicha prohibición: *Oppositum videtur dicendum quod per Constitut. 27 Curiarum anni 1599 prohibitio Trebellianicam non possit fieri in Cathalonia, per patrem filiis, nissi expressim, id est, nominatim et singulariter et verbis id clare et specificque dictam prohibitionem experimentibus, quo casu dicitur propriae quid fieri, iuxta glossa in C. inquisitores de haeret. in 6 hac ratione, quod d. Constet induxerit pro forma, ut dicte prohibitio fiat expressim..*"; FONTELLA, *op. cit.*, gl.IX, p. V, n.110: *Quod quomodo possit susbtineri, praesupposito quod poterat testator prohiberi haeredi detractionem trebellianicam nedum expresse, veluti dicendo, prohibeo, seu nolo quod haeres meus quartam trebelianicam detrahat, vel alias, sed etiam tacite, veluti dicendo, restituas integram haereditatem, vel sine diminutione, vel aliis utendi verbis, quae id importent...*; VIVES Y CEBRÍA, *op. cit.* VI, Lib.VI, Tit.VI, constitución única, n.1: "Esta obligación de hacerse la prohibición de la trebeliánica con palabras expresas se impone a la ley única de este título solamente a los padres, y por lo mismo en cuanto a los demás herederos queda en pie la cuestión sobre cuándo debe ser quitada por conjeturas"; BROCA y AMELL, *Instituciones de Derecho civil ctalán*, II, Barcelona 1886, p. 384; BORRELL y SOLER, *Derecho civil vigente en Cataluña*, V, Barcelona 1944, p. 168; MULLERAT, *La cuarta trebeliánica*, Barcelona 1971, p. 140. De la jurisprudencia, vid. STS de 20 de Diciembre de 1866 y 11 de octubre de 1944. Reproduzcamos, por su interés, parte de ésta última: "Considerando que, en cuanto al primer motivo del presente recurso de casación por infracción de ley - la de la Constitución única, Título VI, libro VI, volumen I de las Constituciones de Cataluña, en relación con las demás leyes y doctrina legal que se cita-, por cuanto la sentencia objeto del recurso no reconoce a la demandante Doña Julia Moliner Santacana, como viuda y heredera del que fue heredero fiduciario D. Silvestre Mata Bonet, el derecho a la Cuarta Trebeliánica en pleito seguido contra aquélla por el heredero fideicomisario D. Jacinto Mata Bonet, acerca de la entrega de los bienes de la herencia y otros extremos, es evidente la procedencia del mismo, puesto que dicha disposición legal, inspirándose en la necesidad de "conservar los patrimonios de los pueblos del principado de Cataluña", instituyó "que fuera lícito y permitido a las partes (quiere decir a los padres) que hagan testamento, prohibir con palabras y no de otro modo - amb paraules expresses i no altrement-, la Cuarta Trebeliánica a los hijos herederos en primer lugar instituidos", de donde se sigue que sólo expresamente puede ser un heredero fiduciario excluido por el testador de dicho beneficio, y como en este caso D. Silvestre Mata Bonet, padre del marido de la recurrente, se limitó a decir en su testamento que en el caso de que su hijo muriese sin descendencia, como aconteció, "solamente podrá disponer de la cantidad de 3.000 pesetas, que deberán servirle de pago de la legítima paterna y parte de esponsalicio, y en lo demás los sustituye, etc.", es visto que no existen términos hábiles para privar a la recurrente del derecho a detraer la Cuarta Trebeliánica, porque, aún en el supuesto de que de tales palabras pudiera inferirse la intención contraria del testador - y tampoco cabe negar la posibilidad de que entendiera limitar a la fijada la cuantía de dicha legítima y esponsalicio-, no significó de modo expreso y terminante su voluntad en tal sentido, como la expresada Constitución exige".

²².- Cfr. EMILIO SAGUER, *Institución de los fideicomisos y sus efectos en Cataluña*, Gerona 1913, p. 280: "No sólo pueden los padres prohibir la detracción de la trebeliánica, sino que también cualquier ordenador de fideicomisos, siempre que lo haga de una manera expresa..."

se en la novela 1.2.2 de Justiniano que exigía, sin más, la forma expresa para prohibir la detracción, se oponía a la doctrina comunmente admitida.

Decía Serrahima, en dictamen que firma el 21 de Julio de 1885²³, que la constitución catalana de 1599 no suponía ninguna innovación para el supuesto que contemplaba, sino una mera referencia al requisito general de forma introducido ya por Justiniano en su novela, la cual al exigir la forma expresa sin hacer distinción alguna respecto a la relación de parentesco entre fideicomitente y fiduciario, debía entenderse aplicable a toda prohibición de la cuarta y que, por ende, el silencio de la disposición real en cuanto a la forma de desposeer de la cuarta a los demás fiduciarios, no autorizaba a sus comentadores a concluir que tal disposición comportaba una derogación del sistema vigente de Justiniano.

Para Mullerat²⁴, esta posición, a pesar de ser minoritaria²⁵, es mucho más lógica que la predominante, ya no sólo por el irreprochable razonamiento de Serrahima, sino por que, de *lege ferenda*, no hay motivo para hacer, por lo que a la prohibición de la trebeliánica respecta, objeto de trato desigual a los demás fiduciarios que al fiduciario hijo, máxime cuando a éste, aunque se le prohíba la trebeliánica, se le asegura en todo caso la percepción de la legítima y, por la misma razón, la forma de prohibir la cuarta debería de ser explícita y clara, tanto si se trata de padres, como de otros fideicomitentes.

Antes de ver como quedaron estos controvertidos puntos en el ordenamiento compilado de 1960, convendría tratar otras dos cuestiones, si se quiere, más de segundo orden, a propósito de la citada constitución catalana.

La primera de estas cuestiones es si la cuarta trebeliánica podía ser prohibida fuera del testamento.

La constitución de Felipe II del año 1599 decía: "sia licit y permès als Pares que faran testament". La opinión de los autores se centró en esta expresión de la constitución que se dio, únicamente, para resolver el supuesto de los padres que prohíben la retención a sus hijos y, con ello, parece que olvidaron la cuestión más general de saber si, en principio y fueran quienes fueran las personas del fideicomitente y del fiduciario, la detracción admitía otros instrumentos distintos del testamento como, por ejemplo, el codicilo.

²³.- SERRAHIMA, *Dictámenes*, Barcelona 1922, p. 41 a 55, "Detracción de la trebeliánica-Pacte comissori": "Es verdad que en Cataluña algún autorizado tratadista de Derecho, Ferrer p. ej, pretende que pueda prohibirse la trebeliánica por palabras que equivalgan a la prohibición expresa y que esta opinión está apoyada por la ley única del tit. 6, lib.6, vol.1º que impone a los padres el deber de hacer la prohibición con palabras expresas, callando respecto a los testadores de otra clase; más ni aquella opinión es sostenible dado el sentido claro y categórico de la novela de Justiniano citada, ni le favorece la ley catalana referida, que se dictó para resolver si el padre podría prohibir la detracción de la trebeliánica, punto que antes de la ley había sido cubierto de tinieblas por los intérpretes. El legislador, al reestablecer la verdad en la ley única del tit. 6, lib.6 vol.1º, la resolvió en todos los sentidos, esto es diciendo que los padres podían prohibir la detracción y decidiendo la forma en que debían hacerlo, todo de conformidad con la Novela romana; pero por lo mismo que la ley catalana tuvo el expresado objeto, nada puede deducirse de ella contra la prescripción de la Novela. Esto sin contar que siempre se hace agravio a la lógica y al buen sentido, derivando del silencio de una ley la derogación de otra explícita y terminante que provea sobre lo que aquella guarde silencio".

²⁴.- MULLERAT, *op. cit.* p. 141.

²⁵.- Antecedentes, aunque no demasiado explícitos de la tesis de SERRAHIMA, parecen encontrarse en GIBERT, *op. cit.* p. 238.

Ya anteriormente, Baldo²⁶ venía afirmando que la cuarta trebeliánica, cuando nacía de un fideicomiso ordenado en testamento, no podía ser quitada en codicilo, porque los codicilos no podían restar fuerza al testamento ni impedir su efectividad. Por el contrario, Covarrubias²⁷ y Cáncer²⁸, basándose principalmente en C. 6.36.2²⁹, contradecían la opinión de Baldo que Covarrubias calificaba de falsa - *Ex quibus opinio Baldi falsa redditur*- y Cáncer de insípida -*opinionem Baldi dicit esse insipidam*-. Sostenían estos autores, que la cuarta trebeliánica sí podía privarse en codicilo por que, si bien en él no se puede instituir heredero, revocar las instituciones o hacer desheredaciones, sí es posible modificar el testamento. Posteriormente, autores como Vives y Cebria³⁰, Sager³¹, Brocá y Amell³² etc., secundaron esta opinión.

La segunda de las cuestiones a tratar, es si en la locución "fills hereus en primer lloch instituïts" de la constitución, cabría subsumir a los demás descendientes instituidos en primer lugar. Es decir, lo que nos estamos preguntando es si regirá también la disposición del rey Felipe II cuando sea, por ejemplo, un abuelo el que desee prohibir la retención de

²⁶.- BALDI UBALDI PERUSINI, citado por CÁNCER, op.cit. p.I, cap.II, n.19 y DIEGO DE COVARRUBIAS, *Opera omnia*, Zaragoza 1583, tit. II, caput "Reynaldus", par.III, n. 6 in fine. Vid. ns. 26 y 27.

²⁷.- Cfr. DIEGO DE COVARRUBIAS, en su *Opera omnia*, Zaragoza 1583, tit. II, caput "Reynaldus", par.III, n. 6 in fine, contradice la opinión de BALDO: *In summa igitur trebellianica prohiberi poterit a testatore, sicuti Falcidia, etiam in codicillis: sit sensit Areten. consilio duodecimo ultima columna, et expresse fatetur Gualdensis de arte testam. titul. de mutat. test. capitulo octavo, adversus Bald. consilio 474 volumine secundo, qui respondit, Trebellianica non possit prohiberi in codicillis, etiam si in testamento prohiberi posset, ea ratione, quod codicilli non possunt omnio tollere testamenti vim, nec adimere hereditatem l.2 C. de codicil, quae quide hereditas adimeretur omnio, si in codicillis haereditatis Trebellianica prohiberi posset, atque ita Baldo suffragatur gloss.in.d. l.2 verbo falso, et Alciat. in l.licett. C. de pact. A quibus ipse dissentio, quippe qui videam, haereditatem posse adimi in codicillis, verbis obliquis.l. Scoevola ff. ad Trbell. dict. l. 2. in parte ultima. Nec refert quid quam, quod in effectu tota haereditas adimatur in codicillis, cum id licite fieri possit, et adhuc haeres, verus haeres est nomine, licet non re. Ex quibus opinio Baldi falsa redditur.*

²⁸.- CÁNCER, op.cit. p. I cap.II n.19: *An trebellianica possit prohiberi in codicillis? Quidam tenent, quod non, ne nomen heredis inane remaneat, et sic testamentum per codicillos evacuetur. Ite Bald. cons. 474 ad evidentiam proemittendum est, ad fi. lib. 2 gl. m. l.2 ver falso, C. de codicil Addi. ad Ludov. Roman. sing. 195. vi addi fi ad fi. Alex in l. licet, C. de pact. n. 8. Curt. Jun. Cons. 70, num. 16 et 17. Contrarium tamen, quod et in codicillis trebellianica prohiberi possit, tenet idem Curt.Jun. cons.71, n.5 ubi opinionem Baldi dicit esse insipidam, et contra text. in par ult. in auth. de haered. et falcid. Bald. opinionem etiam reprobatur Dilec Gual de arte testam. de mutua. testa. 10, caut. 8, n.l. Art. Gabr. ad Trebell. conclus. l munero 9 Covar. in cap. Reynaldus, par 3 n.6 vers. in summa circ fin. ubi rationem Baldi, quae est, quod ideo in codicillis trebellianica prohiberi non potest, quia codicilli non possunt tollere vim testamenti, nec adimeri haereditatem, l. 2. C. de codicil, improbat, eo quod sit certum haereditatem in codicillis posse adimi verbis obliquis, l. Scoevola, ff. ad Trebell et d. l. 2 ubi nec referre ait, quod in effectu tota haereditas auferatur in codicillis, cum fieri licite possit, et adhuc haeres, verus haeres sit nomine licet non re. Hanc opinionem sequit Mant. de conjet ult volunt lib. 7 tit. 12 Menoch de proessumpt lib. 4 praes. 198, num. 6 quam et ipse ob rationes traditas a Covar. tibus supra amplector, hanc eandem sententiam aliis citatis amplector lib. 3 cap. 2 de inven. n. 103. addo et Fachin. post haec scripta editum contr. iur. l. 13 C. 57.*

²⁹.- C. 6.36.2 (Phil. a 244 d.C.): *Hereditatem quidem neque dari neque adimi codicillis posse manifestum est: verbis tamen precariis per huiuscemodi etiam novissimi iudicii ordinationem iura non faciunt irritas voluntates. Unde inefficaciter te codicillis rogatam esse, ut quibusdam rebus contenta portionem quam testamento fueras consecuta aliis restitueres, falso tibi persuasum est.*

³⁰.- VIVES y CEBRÍA, op.cit. Vol.I, tit, VI, lib. VI, n.2.

³¹.- SAGER, op.cit. p. 280.

³².- BROCA y AMELL, op. cit. p. 384.

la cuarta trebeliánica a su nieto, al que instituye heredero y grava con un fideicomiso. En este aspecto, los autores catalanes³³, siguiendo la tradición romana, comprendían dentro del término hijos a los demás descendientes, prueba de ello es la abundante jurisprudencia existente al respecto³⁴.

La Compilación del Dret Civil de Catalunya de 21 de Julio de 1960, texto refundido 1/1984 de 19 de julio que la adapta al ordenamiento constitucional, conservó, en relación a la excepción de la normal detracción de la cuarta, el derecho anterior y tradicional con toda su pureza y así se ha plasmado en el actual CS.

El art 198 de la Compilación, daba carta de naturaleza a la cuarta trebeliánica en los siguientes términos: "L'hereu fiduciari fideïcomesa i practiqui el degut inventari, tindrà dret a la quarta trebeliánica, si el testador no l'havia prohibida".

La forma de su prohibición la establecía la compilación en los párrafos 1º y 2º del art. 200: "La prohibició de la trebeliánica solament serà eficaç si el testador ha manifestat en testament o codicil la seva voluntat que el fiduciari no la percebi, o si ha expressat que la substitució s'ha de produir sensa cap fdetracció, o únicament amb la de determinats béns o quantitats.No enclourà prohibició la simple manifestació del testador que la substitució sigui de tots els béns o de tota l'herència.

Això no obstant, quan el fiduciari sigui descendent del testador, solament serà eficaç la prohibició de la trebeliánica feta amb paraules expressess i no altrament³⁵".

Como vemos, el texto compilado permite al fideicomitente prohibir la detracción de la cuarta trebeliánica en todo caso, incluso en aquél en que el fiduciario fuera hijo del ordenador del fideicomiso. Respecto a la particular solemnidad que ha de revestir tal prohibición, la compilación fue fiel a la opinión secular mayoritaria: en el caso del padre fideicomitente, la denegación de la cuarta debe hacerse con palabras expresas y no de otra manera; para los demás fideicomitentes puede hacerse de forma tácita, esto sí, en régimen de numerus clausus - "el testador...ha expresado que la sustitución debe producirse sin detracción alguna, o únicamente con la de determinados bienes o cantidades".

³³.- Desde CÁNCER, *op. cit.*, p. I cap. V. ns. 52 a 54: *Veritas est, ut ad rem redeamus, quod si fideicommissum sit relictum ab ascendente, patruo, avunculo, amita, sive martertera, filius ingreditur locum patris...*, p. III, cap. XXI, n.279 y 280: "*Contrarium, quod dicta Petronilla censeatur vocata, eo quod appellatione filiorum, etiam dicatur, ex suo corpore natorum, veniant nepotes, etiam in transversalibus...*", a BROCA y AMELL, *op.cit.*, I, p. 146, PELLA y FORGAS, El código civil de Catalunya, Barcelona 1918, I, p. 256 o BORELL, *op.cit.* I. p. 146.

³⁴.- Cfr. STS de 28 de abril de 1858: "Considerando que bajo la palabra hijos, según las leyes romanas de *Digesto, De verborum significatione*, que rigen en Catalunya, y se citaron por el demandante en sus escritos se comprenden también los nietos..". Asimismo, vid. STS de 23 de diciembre de 1858, STS de 23 de abril de 1864, STS de 14 de octubre de 1867, STS de 26 de marzo de 1870, STS de 3 de marzo de 1873, STS de 4 de febrero de 1874, STS de 13 de diciembre de 1877, STS de 1 de mayo de 1889, STS de 6 de julio de 1895, STS de 19 de octubre de 1899, STS de 3 de octubre de 1903, STS de 14 de mayo de 1928.

³⁵.- El artículo 390 del anteproyecto de la Compilación era del mismo tenor que el art. 200 de la compilación, pero añadía al final del 2º párrafo: "...sin admitirse ninguna otra que sea o parezca equivalente". Este precepto fue tomado del art. 313 pár. 2º del proyecto de DURAN y BAS: "El testador puede prohibir la detracción de la trebeliánica sea directamente, sea señalando la parte de bienes de que pueda disponer el fiduciario; pero si éste fuese hijo, la prohibición para ser válida debe hacerse con palabras expresas y no de otra manera, sin admitirse ninguna otra que sea o parezca equivalente".

Advertíamos, al tratar el Derecho anterior, del alcance de la expresión *fill*. La Compilación finalmente optó por la locución más genérica de descendientes, sin limitar a ningún grado la línea recta descendiente. Asimismo, vino a solventar la incógnita acerca de si la cuarta trebeliánica podía prohibirse en instrumento distinto del testamento, pues el artículo 200 hablaba de testamento y codicilo³⁶, desestimando con ello las razones expuestas por Baldo³⁷ y aceptando el parecer de la mayoría de autores que se ocuparon de la cuestión³⁸. Admitida esta posibilidad, tan sólo hacer una pequeña observación: si el fideicomitente puede ordenar el fideicomiso en codicilo e impedir la detracción de la cuarta en el propio codicilo, lo correcto sería que la facultad de prohibir viniera referida, genéricamente, al fideicomitente u ordenador de la susstitución fideicomisaria y no, únicamente, al testador como ocurre en todos los artículos de la compilación³⁹.

El actual Codi de successions per causa de mort en el Dret civil de Catalunya, fue promulgado por ley de 30 de Diciembre de 1991. El código regula la cuarta trebeliánica en el cap. VIII dedicado a los fideicomisos, secc. 3ª, bajo la rúbrica: *La quarta trebeliànica*, artículos 229 a 234.

Dice el art. 229 del presente código: "Qualsevol hereu fiduciari que accepta l'herència fideïcomesa i practica el degut inventari té dret a la quarta trebeliànica, si el testador no l'ha prohibida."

La forma de su prohibición la establece el código en los párrafos 1º y 2º del art. 231: "La prohibició de la trebeliànica solament és eficaç si el causant ha manifestat en l'heretament o en el testament la seva voluntat que el fiduciari no la percebi, o si ha expresat que la substitució s'ha de produir sense cap detracció, o únicament amb la de determinats béns o quantitats. No enclou la simple manifestació del testador que la substitució sigui de tots els béns o de tota l'herència.

Això no obstant, quan el fiduciari és descendent del testador, solament és eficaç la prohibició de la trebeliànica feta amb paraules expresses i no altrement."

Como puede apreciarse, el Código de sucesiones reproduce, en sus artículos 229 y 232, los artículos 198 y 200 de la Compilación. Sin embargo, el actual CS presenta alguna variación con respecto a la Compilación: no se dice en él que la prohibición de detraer la trebeliánica pueda constar en codicilo, aunque la mayoría de autores la admiten, y, en cambio, sí se dice expresamente que puede constar en heredamiento, es decir, se prevee que el fideicomitente pueda prohibir la detracción de la cuarta trebeliánica al heredero fiduciario así instituido en capitulaciones matrimoniales.

Y es que la Compilación de 1960, no reconocía al fiduciario, nombrado por razón de heredamiento, la facultad de detraer la trebeliánica, ni, por supuesto, la facultad del fideicomitente de prohibirla. La razón, es que siendo en el heredamiento la institución de here-

³⁶.- Cfr. asimismo, respecto a la ordenación del fideicomiso, el primer párrafo del art.162 de la Compilación: "Los fideicomisos podrán disponerse no solamente en el testamento y en el codicilo, sino también en heredamiento y en donación entre vivos y por causa de muerte".

³⁷.- Vid. *supra* n. 25.

³⁸.- Vid. *supra* p. 8 y 9.

³⁹.- Al respecto, vid. MULLERAT, *op.cit.* p. 152. Esta misma observación puede hacerse en relación al actual código de sucesiones de Cataluña, dónde también se alude de forma limitativa al testador.

dero de carácter contractual, no se vio la necesidad de estimular la aceptación con el recurso a la cuarta. La doctrina, sin embargo, hacía tiempo que venía poniendo de manifiesto lo injusto de la diferencia de trato entre el heredero designado en testamento y el heredero contractual -designado en heredamiento-.

De esta manera, en el actual CS no se ha optado por una revisión restrictiva de la institución de la cuarta trebeliánica, como abogaba algún sector de la doctrina⁴⁰, por entender que el derecho actual tiene ya arbitradas otras medidas para impedir el desmoronamiento de los fideicomisos⁴¹, sino al contrario, se ha optado por conservar una institución de tanto abolengo en el derecho sucesorio romano y catalán, extendiéndolo incluso su ámbito de exposición de motivos el CS, dice al respecto: "...tot fiduciari, fins i tot el que ho és per raó d'un heratament, pot detreure la quarta trebeliànica si ho fa d'acord amb la llei i no hi ha disposició contrària del fideïcomitent, i això perquè es considera que aquesta quarta afavoreix clarament la llibertat del fiduciari gravat i, en conseqüència, del tràfic jurídic⁴²".

Sería interesante poder examinar más detenidamente otros aspectos puntuales de la prohibición de la detracción de la cuarta trebeliánica, como la posibilidad de que ésta pueda prohibirse en instrumento distinto del testamento, por ej, el codicilo, tal y como fue admitido finalmente por la doctrina en contra de la opinión de Baldo o el alcance de la expresión *fills* en la constitución catalana, comprensiva, siguiendo la más pura tradición romana, no sólo de los hijos sino de los demás descendientes y ver como quedaron todos estos puntos en la compilación de Derecho civil especial de Cataluña (De 21 de Julio de 1960, ley de 20 de marzo de 1984 que la adapta al ordenamiento constitucional).

Pero para no apurar excesivamente el tiempo, pasamos directamente al Código de sucesiones.

Antes de ver como quedaron estos controvertidos puntos en el ordenamiento compilado de 1960, convendría tratar dos cuestiones, si se quiere, más de segundo orden, que plantea la citada constitución catalana

La primera de estas cuestiones es si la cuarta trebeliánica podía ser prohibida fuera del testamento.

La constitución de Felipe II del año 1599 decía: *sia licit y permès als Pares que faran testament*. La opinión de los autores se centró en esta expresión de la constitución que se dio, únicamente, para resolver el supuesto de los padres que prohíben la retención a sus hijos y, con ello, olvidaron la cuestión más general de saber si, en principio y fueran quienes fueran las personas del fideicomitente y del fiduciario, la detracción admitía otros instrumentos distintos del testamento, como por ejemplo, el codicilo.

⁴⁰- PUIG FERRIOL, *El heredero fiduciario*, Barcelona 1965, p. 120: "...se vería con buenos ojos la desaparición de la cuarta trebeliánica en la regulación de los fideicomisos..."

⁴¹- Estos autores se refieren a que, al estar implícita la sustitución vulgar, el recurso a la cuarta trebeliánica como estímulo se hace innecesario, pues, con el llamamiento de los fideicomisarios en concepto de sustitutos vulgares, el decaimiento de la institución de heredero a favor del fiduciario no perjudicaría al llamamiento a favor del fideicomisario. Véase el art. 169.2 del CS - art. 171 de la Compilación-: "Les substitucions pupillar, exemplar, fideïcomissaria i preventiva de resdu enclouen sempre la vulgar tàcita..."

⁴²- BALDI UBALDI PERUSINI: lib. II, consilio 474.....

Baldo⁴³ afirmaba que la cuarta trebeliánica, cuando nacía de un fideicomiso ordenado en testamento, no podía ser quitada en codicilo, porque los codicilos no podían restar fuerza al testamento ni impedir su efectividad. Por el contrario, Covarrubias⁴⁴ y Cáncer⁴⁵ basándose principalmente en C. 6.36.2⁴⁶ contradicen la opinión de Baldo que calificaba de falsa - *Ex quibus opinio Baldi falsa redditur*- y Cáncer de insípida -*opinionem Baldi dicit esse insipidam*-. Sostienen estos autores, que la cuarta trebeliánica sí podía privarse en codicilo por que, si bien en él no se puede instituir heredero, revocar las instituciones o hacer desheredaciones, sí es posible modificar el testamento. Posteriormente, autores como Vives y Cebria⁴⁷, Saguer⁴⁸, Brocá y Amell⁴⁹ etc, secundaron esta opinión.

La segunda de las cuestiones a tratar es si en la locución *fills hereus en primer lloch instituhits* de la constitución, cabría subsumir a los demás descendientes instituidos en primer lugar. En este aspecto, los autores catalanes⁵⁰, siguiendo la tradición romana⁵¹, comprendían dentro del término hijos a los demás descendientes, prueba de ello es la abundante jurisprudencia existente al respecto⁵².

La Compilación del Dret Civil de Cataluña (De 21 de Julio de 1960, ley de 20 de marzo de 1984 que la adapta al ordenamiento constitucional), conservó en relación a la excepción de la normal detracción de la cuarta, el derecho anterior y tradicional con toda su pureza y así ha pasado al actual CS.

43.- Cfr. DIEGO DE COVARRUBIAS, en su *Opera omnia*, Zaragoza 1583, tit. II, caput "Reynaldus", par.III, n. 6 *in fine*, contradice la opinión de BALDO: "In summa igitur trebellianica prohiberi poterit a testatore, sicuti Falcidia, etiam in codicillis: sit sensit Areten. consilio duodecimo ultima columna, et expresse fatetur Gualdensis de arte testan. titul. de mutat. test. capítulo octavo, adversus Bald. consilio 474 volumine secundo, qui respondit, Trebellianica non possit prohiberi in codicillis...."

44.- CÁNCER, op.cit. p. I cap.II n.19, se pregunta *An trebellianica possit prohiberi in codicillis?.....*

45.- C. 6.36.2 (Philipp. a 244 d.C.): *Hereditatem quidem neque dari neque adimi codicillis posse manifestum est: verbis tamen precariis per huiusmodi etiam novissimi iudicii ordinationem iura non faciunt irritas voluntates. Unde ineffaciter te codicillis rogatam esse, ut quibusdam rebus contenta portionem quam testamento fueras consecuta aliis restitueres, falso tibi persuasum est.*

46.- Traducción al castellano de los Usatges y demás derechos de Cataluña, Barcelona 1838, nota 2 al Vol.I, tit. VI, lib.VI.

47.- SAGER, op.cit. p.280.

48.- Instituciones de Derecho civil catalán, Barcelona 1886, p.384.

49.- Respecto a los autores catalanes (CÁNCER, FERRER, DURAN y BAS, BROCA, BORRELL...): CÁNCER, op. cit. p. I cap. V ns. 52 a 54: *Veritas est, ut ad rem redeamus, quod si fideicommissum sit relictum ab ascendente, patruo, avunculo, amita, sive martertera, filius ingreditur locum patris...*; p. II cap.I, ns 47 y ss; p. III cap. XXI n.279 y 280. FERRER, DURAN, BROCA, BORRELL, IGLESIAS- en torno al fideicomiso familiar catalán, p.35-

50.- Textos: D. 14.6.14; D. 50.16.56.1 *De verborum significatione*, respecto a los *liberi* y d. 50.16.84: "Bajo la palabra *Filii* se comprenden todos los dscendientes"; D. 50.16. 122, 200 pr; 200.3; y 201; C.3.28 y C. 4.28.6, C. 6.58.14 y Nov. 22 pr.

51.- Respecto a la jurisprudencia: STS 26 de marzo de 1870: "Considerando... que a tenor de los usos y costumbres de Cataluña de la jurisprudencia y de las leyes romanas, vigentes en dicho territorio, señaladamente las 84,201 y 220 Dig. *De verborum signif.* y aun de diferentes declaraciones del propio tribunal supremo, bajo el llamamiento de hijos se comprenden nietos y demás descendientes" etc..(NOTA 371 p. 298) .

52.- Decía el proyecto de Duran y BAs en su art. 313 pár. 2º: "El testador puede prohibir la detracción de la trebeliánica sea directamente, sea señalando la parte de bienes de que pueda disponer el fiduciario; pero si éste fuese hijo, la prohibición para ser válida debe hacerse con palabras expresas y no de otra manera, sin admitirse ninguna otra que sea o parezca equivalente. El artículo 390 del anteproyecto de la Compilación era del mismo tenor que el art.200 de la compilación, pero añadía al final del 2º párrafo:"..sin admitirse ninguna otra que sea o parezca equivalente".

De este modo, el art 198 de la Compilación decía que el heredero fiduciario... tendrá derecho a la cuarta trebeliánica si el testador no la hubiera prohibido (= art. 229 CS). La forma de su prohibición la establece la compilación en los párrafos 1º y 2º del art.200 :

(pár. 1)"La prohibición de la trebeliánica sólo será eficaz si el testador ha manifestado en testamento o codicilo su voluntad de que el fiduciario no la perciba...(, o ha expresado que la susutitución debe producirse sin detracción alguna , o únicamente con la de determinados bienes o cantidades). (par.2) No obstante, cuando el fiduciario sea descendiente del testador, sólo será eficaz la detracción de la trebeliánica hecha con palabras expresas y no de otra manera⁵³.

Vemos que el texto compilado permite al fideicomitente prohibir la normal detracción de la cuarta trebeliánica en todo caso, incluso en aquel en que el fiduciario fuera hijo del ordenador del fideicomiso. Respecto a la particular solemnidad que ha de revestir la prohibición de la cuarta, la compilación fue fiel a la opinión secular mayoritaria: es decir, en el caso del padre fideicomitente, la denegación de la cuarta debe hacerse con palabras expresas y no de otra manera⁵⁴.

Advertíamos, respecto al Derecho anterior, del alcance de la expresión *fill*. La Compilación finalmente optó por la locución más genérica de descendientes, sin limitar la línea recta descendiente a ningún grado⁵⁵.

La Compilación solventaba también la incógnita preexistente (notas 355 a 365 p.295 a 296M) acerca de si la cuarta trebeliánica pude prohibirse en instrumento distinto del testamento pues el artículo 200 habalaba de testamento y codicilo. Admitida esta posibilidad, la facultad de prohibir debería venir referida genéricamente al fideicomitente u ordenador de la susutitución fideicomisaria y no únicamente al testador. Este es un defecto que, si se me permite señalar, se observa en muchos tratadistas y artículos de la Compilación.

El Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya, fue promulgado por ley de 30 de Diciembre de 1991, donde la cuarta viene regulada en el cap. VIII dedicado a los fideicomisos, secc.3ª bajo la rúbrica: la quarta trebel·liánica, en los arts. 229 a 234.

Dice el art. 229 que "el heredero fiduciario...tendrá derecho a la cuarta trebeliánica, si el testador no la había prohibido".

La forma de su prohibición la establece el código en los párrafos 1º y 2º del art. 232 :

(pár. 1) "La prohibición de la trebeliánica sólo será eficaz si el testador ha manifestado en el heredamiento o en el testamento su voluntad de que el fiduciario no la perciba..".(, o

⁵³.- Yerra, por tanto, GASSIOT en sus Comentarios a la Compilación del Derecho Civil especial de Cataluña, Barcelona, 1962, cuando dice que "la prohibición ha de ser con palabras expresas", sin referirse a la prohibición implícita.

⁵⁴.- Faus y Condominas en Anotaciones a la ley de 21 de Julio de 1960, Barcelona 1960, p.241 comenta al respecto: "Asimismo, para aclarar la duda que se plantea Maspons, al comentar la Constitución única, tit. VI, lib. IX, Vol. 1, se ha usado la frase "descendiente del testador" en vez de hijo, aunque dado el sentido que a la palabra hijo se da en nuestro derecho, pudiera admitirse esta amplia interpretación.

⁵⁵.- Decía el proyecto de Duran y BAs en su art. 313 pár. 2º: "El testador puede prohibir la detracción de la trebeliánica sea directamente, sea señalando la parte de bienes de que pueda disponer el fiduciario; pero si éste fuese hijo, la prohibición para ser válida debe hacerse con palabras expresas y no de otra manera, sin admitirse ninguna otra que sea o parezca equivalente. El artículo 390 del anteproyecto de la Compilación era del mismo tenor que el art.200 de la compilación, pero añadía al final del 2º párrafo:"..sin admitirse ninguna otra que sea o parezca equivalente".

si ha expresado que la susstitución debe producirse sin detracción alguna , o únicamente con la de determinados bienes o cantidades).

Vemos que el código permite al fideicomitente prohibir la normal detracción de la cuarta trebeliánica en todo caso, incluso en aquel en que el fiduciario fuera hijo del ordenador del fideicomiso. Respecto a la particular solemnidad que ha de revestir la prohibición de la cuarta, el código al igual que anteriormente lo hiciera la Compilación, ha sido fiel a la opinión secular mayoritaria: es decir, en el caso del padre fideicomitente, la denegación de la cuarta debe hacerse con palabras expresas y no de otra manera⁵⁶.

Sin embargo, en el actual CS no se contempla esta posibilidad: No se dice que la prohibición pueda constar en codicilo, aunque la mayoría de autores la admiten y sí que se dice expresamente, que puede constar en heredamiento, es decir, se prevee que el fideicomitente pueda prohibir la detracción de la cuarta trebeliánica al heredero fiduciario así instituido, en capitulaciones matrimoniales.

Esta última constituye la principal innovación del actual CS respecto a la cuarta trebeliánica. En efecto, si se puede decretar su prohibición en capitulaciones matrimoniales, es que, tal y como se deduce del art. 229, se concede al fiduciario, nombrado por razón de heredamiento, el derecho a detraer la cuarta trebeliánica que no se reconocía en el derecho anterior. ¿Por qué?, por que siendo en el heredamiento, la institución de heredero de carácter contractual, en principio se pensó que no era necesario estimular la aceptación de éste con el recurso de la cuarta. La doctrina, sin embargo, había puesto ya de manifiesto lo injusto de la diferencia de trato entre el heredero designado en testamento y el contractual.

De esta manera, en el actual CS no se ha optado por una revisión restrictiva de la institución de la cuarta trebeliánica, como abogaba algun sector de la doctrina, por entender que el derecho actual tiene ya arbitradas otras medidas para impedir el desmoronamiento del fideicomiso, sino al contrario, se ha optado por conservar una institución de tanto abolengo en el derecho sucesorio romano y catalán, extendiéndolo incluso su ámbito de aplicación (al fiduciario instituido en capitulaciones matrimoniales). La propia exposición de motivos el CS dice al respecto, y leo textualmente: "todo fiduciario, incluso el que lo es por razón de un heredamiento, puede detarar la cuarta trebeliánica, si lo hace de acuerdo con la ley y no hay disposición en contrario del fideicomitente y esto porque se ha considerado que la cuarta favorece claramente la libertad del fiduciario gravado, y en consecuencia, del tráfico jurídico".

Anna Caballé Martorell

⁵⁶.- Hierra, por tanto, Gassiot en sus Comentarios a la Compilación del Derecho Civil especial de Cataluña, Barcelona, 1962, cuando dice que "la prohibición ha de ser con palabras expresas", sin referirse a la prohibición implícita.

