

Art. 754. El testador no podrá disponer del todo ó parte de su herencia en favor del Notario que autorice su testamento, ó de la esposa, parientes ó afines del mismo dentro del cuatro grado, con la excepción establecida en el art. 682.

Esta prohibición será aplicable á los testigos del testamento abierto otorgado con ó sin Notario.

Las disposiciones de este artículo son también aplicables á los testigos y personas ante quienes se otorguen los testamentos especiales (1).

Art. 755. Será nula la disposición testamentaria á favor de un incapaz, aunque se la disfrace bajo la forma de contrato oneroso, ó se haga á nombre de persona interpuesta (2).

Art. 756. Son incapaces de suceder por causa de indignidad:

1º Los padres que abandonaren á sus hijos y prostituyeren á sus hijas ó atentaren á su pudor:

2º El que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes ó ascendientes.

Si el ofensor fuere heredero forsozo, perderá su derecho á la legítima.

3º El que hubiere acusado al testador de delito al que la ley señale pena afflictiva, cuando la acusación sea declarada calumniosa.

4º El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte vio-

(1) Según el Der. Rom., aquel que en testamento ajeno escribía un legado ó fideicomiso á su favor ó de aquellos que se hallaban en su potestad, era reputado falsario y la disposición se tenía por no escrita. Ls. 1ª, § 7, 14, § 1; 15 al princ. tit. 10, lib. 48, y 1ª, tit. 8, lib. 34 Dig.

El 28 de la L. del Notariado declara que no producian efecto las disposiciones á favor de parientes dentro del cuarto grado civil ó segundo de afinidad; y el 27 declara nulo el instrumento que contenga alguna disposición á favor del Notario autorizante.

Es demasiado trascendental el testamento para que pueda declararse nulo por sólo la sospecha de un interés personal respecto alguna disposición que no afecte las demás contenidas en el mismo. Por esto la mayoría de los modernos códigos se limitan á declarar sin efecto la disposición ó disposiciones prohibidas por la ley. Aceptaron este principio; los 614 Esp. Proy. 1851; 3664 Argent.; 954 Hol.; 133 Prus.; 655 Vaud.; 771 Ital.; 1061 Chil. y 3436 Méx. Declaran nulo el testamento los 1585 y 1586 Luis.; y el 594 Austr. (V. Coin Delisle sobre el art. 971, núm. 16).

V. los arts. 679, 682, 716, 717, 720, 722, 723 y 732 del presente Código.

(2) Según el Der. Rom. se adjudicaba al fisco lo que se dejaba indirecta y fraudulentamente como por fideicomiso á un incapaz. Ls. 10 y 23, tit. 9, lib. 24, Dig., á las cuales siguieron la 13 vers. y la 6 tit., Part. 6ª.—Sobre las personas inciertas, la L. 25, tit. 9, lib. 24 Dig.

lenta del testador, no la hubiere denunciado dentro de un mes á la justicia, cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio.

Cesará esta prohibición en los casos en que, según la ley, no hay la obligación de acusar.

5º El condenado en juicio por adulterio con la mujer del testador.

6º El que con amenaza, fraude ó violencia, obligare al testador á hacer testamento ó á cambiarlo.

7º El que por iguales medios impidiere á otro hacer testamento, ó revocar el que tuviere hecho, ó suplantare, ocultare ó alterare otro posterior (1).

Art. 757. Las causas de indignidad dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento, ó si, habiéndolas sabido después, las remitiere en documento público (2).

Art. 758. Para calificar la capacidad del heredero ó legatario

V. los arts. 50, núm 2 y 746 del presente Código.

El art. 755 equivale al 616 Proy. 1851.—911 Franc.; 3741 Argent.; 95º Hol.; 1478 Luis.; 773 Ital.; 966 Ghil.; 572 Vaud.

V. Voet., lib. 42, tit. 2, núm. 9; Troplong sobre el art. 911; Coin Delisle en el mismo art. núm. 7, Vazeille, art. 911, Toullier, t. v, núm. 84; y Vélez Sirsfield en el 3741 Argent.

(1) Núm. 2. Si antecedente en la Ls. 3, tit. 9, lib. 34 y 7, tit. 20, lib. 48.—L. 7, tit. 13, Part. 6ª; y L. 4, tit. 9, lib. 3 F. Real.

Núm. 3. Por Der. Rom. la acusación puesta contra el difunto después de su muerte, era causa de indignidad.—Ls. 1 y 5, tit. 9, lib. 34 Dig.

Núm. 4. Conviene con las Ls. 17 y 21, tit. 9, lib. 34 Dig.; pero la 6ª tit. 35, lib. 34 Cód. exceptúa á los menores de 25 años.—L. 13, tit. 7, Part. 6ª; L. 11 Recop., tit. 20, lib. 10.

Núm. 5. Conviene con la L. 13, tit. 7, Part. 6ª.

Núm. 6. Se refieren, á la violencia para testar, las rúbricas del tit. 34, lib. 6 Cód. y del 6 lib. 29 Dig.—L. 3, tit. 9, lib. 3 F. Real, y L. 26, tit. 1, Part. 6ª.

Núm. 7. Su antecedente en las Ls. del tit. 26, lib. 29 Dig. y las del 34 lib. 6 Cód., con las cuales convienen la L. 26 y sigs., tit. 1, Part. 6ª y la 3 tit. 9, lib. 3, F. Real.

V. los arts. 7, 105, causa 5ª, 155, 171, 320, 673, 674 y 807 de este Cód., y los 448, 451 603, núm. 5º del Cód. pen.

Los casos á que se refiere el 2º párrafo del núm. 4º del art. son los comprendidos en los arts. 260, 261 y 863 de la L. de Enjuic. criminal vig. de 14 Sep. 1882.

El art. 756 equivale al 617 Proy. 1851 modificado con arreglo al 725 Ital. y 1762 Port.—727 Franc.; 968 á 972 Chil.; 3428 Méx.; 958 al 963 Luis.; 514 Vaud.; 885 Hol.

(2) Conviene con el 619 Proy. 1851.—726 Ital.; 973 Ghil.; 969 Luis. V. el 1216 del presente Código.

se atenderá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate.

En los casos 2º, 3º y 5º del art. 756 se esperará á que se dicte la sentencia firme, y en el núm. 4º á que transcurra el mes señalado para la denuncia.

Si la institución ó legado fuere condicional, se atenderá además al tiempo en que se cumpla la condición (1).

Art. 759. El heredero ó legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno á sus herederos (2).

Art. 760. El incapaz de suceder que contra la prohibición de los anteriores artículos hubiere entrado en la posesión de los bienes hereditarios, estará obligado á restituirlos con sus acciones y con todos los frutos y rentas que haya percibido (3).

Art. 761. Si el excluido de la herencia por incapacidad fuere hijo ó descendiente del testador, y tuviere hijos ó descendientes, adquirirán éstos su derecho á la legítima.

El excluido no tendrá el usufructo y administración de los bienes que por esta causa hereden sus hijos (4).

Art. 762. No puede deducirse acción para declarar la incapa-

(1) El Dr. Rom. exigía además la capacidad al tiempo de otorgarse el testamento, según la regla Catoniana "quod ab initio vitiosum est, non posse tactu temporis convalescere." L. 1 al princ., tit. 7, lib. 34 y Ls. 29, 201 y 210 tit. 17, lib. 50 Dig.—Pero el § 4, tit. 19, lib. 2 Inst., exceptuaba las herencias y legados condicionales, cuya disposición siguió la L. 22, tit. 3 Part. 6ª V. los arts. 790 á 805 del presente Código.—El 758 equivale á los primeros apartados del 620 Proy. 1851—926 Chil.: 994 Luis.

(2) Su precedente en la L. única, tit. 51, lib. 6 Cód. y las 4 y 5 tit. 2, lib. 36 Dig., reproducidas en las Ls. 34 y 35, tit. 9, Part. 6ª

Es de observar que en las obligaciones condicionales se dispone lo contrario por la razón de que el que contrae lo verifica para sí y para sus herederos en tanto que en las últimas voluntades del testador obra movido por el afecto ó en consideración á circunstancias personales del favorecido; § 4, tit. 16, lib. 3 Inst. y L. 14, tit. 11, Part. 5ª

V. los arts. 660 y 682 de este Cód.

El 759 es copia del último § del 620 Proy. 1851, el cual está reproducido en el 723.—1040 Franc.; 3449, 3450 Méx.; 944 Luis.

(3) L. 17, tit. 9, lib. 34 Dig.; L. 1, tit. 35, lib. 6 Cód.—Ls. 26 y 27, tit. 1, 17 y sigs.; tit. 7 y 4 y sigs. tit. 14, Part. 6ª

V. los arts. 353, 354 y 455 del presente Código.

Reproduce el 622 Proy. 1851 modificado á tenor del 3452 Méx.—729 Fran.; 727 Ital.; 963 Luis.; 531 Vaud.; 886 Hol.

(4) V. los arts. 159, 160, 467, 808, 857 y 924 á 929 de este Código.

El 761 es igual al 623 Proy. 1851.—730 Franc.; 728 Ital.; 887 Hol.; 967 Luis.

cidad pasados cinco años desde que el incapaz esté en posesión de la herencia ó legado (3).

SECCION SEGUNDA.

De la institución de heredero.

Art. 763. El que no tuviere herederos forzosos puede disponer por testamento de todos sus bienes ó de parte de ellos en favor de cualquiera persona que tenga capacidad para adquirirlos.

El que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la sección 5ª de este capítulo (4).

Art. 764. El testamento será válido aunque no contenga institución de heredero, ó ésta no comprenda la totalidad de los bienes, aunque el nombrado no acepte la herencia ó sea incapaz de heredar.

En estos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo á las leyes, y el remanente de los bienes pasará á los herederos legítimos (5).

(3) V. el art. 430 de este Cód.

El 762 corresponde á los 3458 Méx., del cual está literalmente tomado, y al 975 Chil.

(4) Es el 624 Proy. 1851, adicionado á tenor del 3498 Méx.—805, 807, 809 Ital. V. los arts. 744, 745, 750, 752 á 758 y 807 del presente Código.

(5) Lo contrario disponía el Dr. Rom., según el cual la institución de heredero era una solemnidad esencial interna del testamento. En lo antiguo no podía hacerse constar la intención sino á la cabeza del testamento, "caput testamenti," siendo nula cualquier disposición que la precediera, excepto las desheredaciones y el nombramiento de tutor. § 34, tit. 20, lib. 2 Inst.

Las Partidas siguieron en lo principal la doctrina romana, la cual fué derogada por la L. Recop. 1, tit. 18, lib. 10.

V. los arts. 787, 912 á 914, 990, 992 y 997 á 1000 de este Código.

El 764 corresponde á los 625 y 627 Proy. 1851 modificados según el 3499 y 3500 Méx.—921 Hol.

Art. 765. Los herederos instituidos sin designación de partes heredarán por partes iguales (1).

Art. 766. El heredero voluntario que muere antes que el testador, el incapaz de heredar y el que renuncia á la herencia, no transmiten ningún derecho á sus herederos, salvo lo dispuesto en los artículos 761 y 807 (2).

Art. 767. La expresión de una causa falsa de la institución de heredero ó del nombramiento de legatario será considerada como no escrita, á no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución ó legado si hubiese conocido la falsedad de la causa.

La expresión de una causa contraria á derecho, aunque sea verdadera, se tendrá también por no escrita (3).

Art. 768. El heredero no instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario (4).

Art. 769. Cuando el testador nombre unos herederos individualmente y otros colectivamente, como si dijere: "Instituyo por mis herederos á N. y á N: y á los hijos de N." los colectivamente nombrados se considerarán como si lo fueran individualmente, á no ser que conste de un modo claro que ha sido otra la voluntad del testador (5).

Art. 770. Si el testador instituye á sus hermanos, y los tiene carnales y de padre ó madre solamente, se dividirá la herencia como en el caso de morir intestado (1).

Art. 771. Cuando el testador llame á la sucesión á una per-

(1) Conviene con la L. 9, § 12, tit. 5, lib. 28 Dig. y con el § 6, tit. 14, lib. 2 Inst., que á su vez concuerdan con la L. 17, tit. 3, Part. 6^a—Igual al 626 Proy. 1851 y al 3721 Argent.; 1098 Chil.

V. el art. 983 del presente Código.

(2) Tiene su precedente en la L. 1, § 2 y 3, tit. 51, lib. 6 Gód.

Igual disposición establece el 3450 Méx.—V. los arts. 177, 745, 752 á 758, 761, 857, 982 y 1006 á 1009 de este Código.

(3) Esto mismo dispuso respecto á los legados la L. 20, tit. 9, Part. 6^a

V. el art. 675 del presente Código. El art. anotado es copia del 3380 y 3381 Méx.—898 Ital.

(4) La misma disposición establecían las Ls. 13, tit. 24, lib. 6 Gód., y 14, tit. 3, Part. 6^a, para el caso de haber otro heredero instituido. En el caso contrario, el nombrado en cosa cierta ó en una parte alícuota adquiría toda la herencia en virtud del derecho de acrecer.

V. el art. 668 de este Cód.—El 768 es análogo al 628 Proy. 1851.—1099 Chil.; 619 Vaud.

(5) V. el art. 675 de este Cód.—El 769 es copia del 3504 Méx., y análogo al 1797 Port.

(1) V. el art. 920 de este Cód.—El presente 770 es copia del 3505 Méx., que á su vez es igual al 1798 Port.

sona y á sus hijos, se entenderán todos instituidos simultánea y no sucesivamente (1).

Art. 772. El testador designará al heredero por su nombre y apellido; y, cuando hayan dos que tengan iguales, deberá señalar alguna circunstancia por la que se conozca al instituido.

Aunque el testador haya omitido el nombre del heredero, si lo designare de modo que no pueda dudarse quién sea el instituido, valdrá la institución (2).

Art. 773. El error en el nombre, apellido ó cualidades del heredero no vicia la institución cuando de otra manera puede saberse circunstancias, ó estas fueren tales que no permitan distinguir al instituido, ninguno será heredero (3).

SECCION TERCERA.

De la sustitución (*).

Art. 774. Puede el testador sustituir una o más personas al heredero ó herederos instituidos [para el caso en que mueran antes que él, ó no quieran ó no puedan aceptar la herencia.

La suplantación simple, y sin expresión de casos, comprende los tres expresados en el párrafo anterior, á menos que el testador haya dispuesto lo contrario (4).

(1) Equivale á los 3506 Méx. y 1799 Port.

(2) Lo mismo se disponía en Der. Rom. L. 9, § 8, tit. 5, lib. 28 Dig., cuya doctrina siguieron las Ls. 6 y 10, tit. 3, Part. 6^a

V. el art. 675 de este Cód., sobre interpret. de cláusulas testamentarias.—El presente art. 772 conviene con los 3507 y 3508 Méx.; 1056, Chil.

(3) El primer párr. concuerda con el § 29, tit. 20, lib. 2 Inst., y con la L. 13, tit. 3, Part. 6^a

Equivale á los 3509 y 3510 Méx.—836 Ital.; 1057 Chil.

(4) V. la nota anterior y el art. 766 del presente Código.

Los 629 y 630 Proy. 1851 declaraban que la sustit. vulgar era la única reconocida por la ley.—1858 Port.; 3621 y 3624 Méx.; 895 y 896 Ital.; 1156, 1157 Chil.

(*) Sustituir (de "sub statuere") es hacer una institución de heredero subsidiaria ó subordinada á otra institución principal. Su primitivo objeto fué,

Art. 775. Los padres y demás ascendientes podrán nombrar sustitutos á á sus ascendientes menores de catorce años de ambos sexos para el caso de que mueran antes de dicha edad (1).

Art. 776. El ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años que, conforme á derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental.

(1) La sustitución pupilar se halla definida en la Ls. 8, tít. 26, lib. 6 Cód. y Proem., tít. 16, lib. 2 Inst. y en la L. 5, tít. 5, Part. 6ª

V. el art. 663, núm. 1º de este Cód. acerca de la prohibición en se hallan de testar los menores de 14 años.

El art. 775 es análogo á los 1859 Port. y 3625 Méx.

entre los romanos, prevenir la invalidación del testamento por falta de heredero, lo cual era tenido como una deshonra para la memoria del testador; pero la sustitución se desenvolvió más tarde con nuevos fines que la diversificaron, y á merced de cuya utilidad ha seguido hasta hoy las evoluciones del Derecho, no obstante los extravíos á que dió lugar y de los apasionados y rudos embates de que ha sido objeto en los modernos tiempos.

La sustitución que desde un principio se conoció en Roma, fué la "vulgar," á la que siguió la "pupilar," y á ésta, la "ejemplar," debiendo añadirse el "fideicomiso," que, si bien no nació con carácter de sustitución, se asimiló más tarde con ella al recibir, por disposición de la ley, fuerza de obligar.

LA SUSTITUCION VULGAR se estableció para el caso de que el instituido en primer término no llegase á ser heredero, "si hæris non erit," lo que podía ocurrir por no querer el instituido ser heredero ó por no poder serlo.

Tres son las formulas de esta sustitución: 1ª "instituyo heredero á B., y si no lo fuere porque no quisiere ó no pudiere, le sustituyo á C.;" 2ª y si no fuere porque no quisiere, le sustituyo á C.;" ó bien, "y si no lo fuere porque no pudiere le sustituyo á C.;" 3ª, y si no lo fuere, le sustituyo á C."

Esta última comprende en resumen los diferentes casos de sustitución vulgar; mas, según los intérpretes, aun cuando se exprese tan sólo uno de ellos, se sobreentiende el otro. Así, en la cláusula "si no quiere ser" heredero, se comprende el caso de "no poder serlo," y, por el contrario, en ésta se supone contenida aquélla. (V. Voet., número 12, tít. 6, lib. 28; Gómez Var. resol. 1, cap. 3, núm. 19; Morató, "Der. civil esp," t. II, núm. 1171)

La sustitución vulgar puede hacerse expresa ó tácitamente; "expresamente," diciendo: "instituyo heredero á B. y si éste no lo fuere, le sustituyo á C. tácitamente," diciendo: "instituyo heredero á B. C. y D. para que el que me sobreviva sea mi heredero;" ó bien: nombro heredero á B. C. y D. ó á aquel de estos tres que me sobreviva."

La sustitución vulgar se considera también "tácita" cuando viene comprendida, sin formularse expresamente, en uno de los casos de la vulgar expresa, según queda indicado. Así, cuando se dice: "instituyo heredero á B.," y "si no quiere ser heredero, le sustituyo á C.," se comprende tácitamente en esta fórmula la de "si no pudiere ser heredero," y viceversa. Y es además sustitución vulgar tácita la que se supone contenida en la pupilar expresa, presumiéndose, de igual modo que en los casos anteriores, que tal es la voluntad del testador.

LA SUSTITUCION PUPILAR se estableció para el caso de que el insti-

La sustitución de que habla el párrafo anterior quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido ó después de haber recobrado la razón (1).

Art. 777. Las sustituciones de que hablan los dos artículos anteriores, cuando el sustituto tenga herederos forzosos, sólo serán válidos en cuanto no perjudiquen los derechos legítimos de éstos (2).

Art. 778. Pueden ser sustituidas dos ó más personas á una sola; y al contrario, una sola á dos ó más herederos (3).

Art. 779. Si los herederos instituidos en partes desiguales fueren sustituidos recíprocamente, tendrán en la sustitución las mismas partes que en la institución, á no ser que claramente aparezca haber sido otra la voluntad del testador (4).

(1) Tiene su precedente en el Dr. Rom. L. 9, tít. 26, lib. 6 Cód. y § 1, tít. 16, lib. 2 Inst., y de ella tratan las Ls. 1 y 11, tít. 5, Part. 6ª

V. el art. 663, núm. 3º de este Cód., que prohíbe testar á los que no se hallen en su cabal juicio.

El art. 776 tiene analogía con los 1861 Port., y 3626 Méx.

(2) El Dr. Rom., L. 10 § 5, tít. 6, lib. 28 Dig., estableció, en cuanto á la sustitución pupilar, que el sustituto fuese heredero de todos los bienes del instituido, cuya doctrina siguió la L. 7, tít. 5, Part. 6ª Respecto de la sustitución ejemplar es diversa la opinión de los comentadores del Dr. Rom., fundados unos en la L. 7, § 1, tít. 70, lib. 5, Cód. y otros en la Instituta.

La L. 6ª de Toro (L. 1, tít. 20, lib. 10 Nov. Recop.) derogó las Partidas, y es la que ha servido de precedente á este artículo.

V. los arts. 807 á 809 de este Cód.—El 777 es análogo al 3627 Méx.

(3) Conviene con el § 1, tít. 15, lib. 2 Inst.—Lo mismo establecía el 631 Proy. 1851.—§ 2º, 895 Ital.; 1159 Chil.

(4) Fúndase en que es de presumir que el testador quiso favorecerlos igualmente en la sustitución que en la institución. L. 24, tít. 6, lib. 28 Dig., § 2º, tít. 5, lib. 2 Inst.—L. 124, lib. 30 Dig. y 1ª, tít. 26, lib. 6 Cód.—L. 3, tít. 5, Part. 6ª

tuido que hubiese llegado á ser heredero falleciese sin testamento por no haber cumplido la pubertad, "si hæres non erit et ante pubertatem decesserit."

En un principio, esta sustitución respondió á la necesidad de proteger la persona del impúber, para lo cual el jefe de familia hacía uso de las amplias facultades de la patria potestad. La herencia del huérfano que moría en la impubertad, pasaba por disposición de la ley á sus más próximos parientes, lo cual, siendo un incentivo de codicia de los herederos legítimos, promovió cuando la depravación de costumbres, no pocas asechanzas y atentados contra la vida de aquél. La necesidad de precaver estas iniquidades, motivó esta sustitución, pero con el tiempo se reconoció que no sólo es una salvaguardia de la persona del impúber, sino además un ventajoso medio de evitar la sucesión intestada á beneficio de la misma familia á que aquél pertenece.

Esta sustitución tiene, como la vulgar, dos formas: la expresa y la tácita.

Art. 780. El sustituto quedará sujeto á las mismas cargas y condiciones impuestas al instituido, á menos que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario, ó que los gravámenes ó condiciones sean meramente personales del instituido (1).

Art. 781. Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita á un tercero el todo ó parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, ó que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador (2).

V. el art. 675 de este Cód.

El 779 equivale al 633 Proy. 1851 y al 3630 Méx.; 898 Ital.

(1) Los intérpretes se hallan muy divididos respecto de si la condición impuesta en la institución se entiende repetida en la sustitución. L. 74, lib. 30 Dig. L. 77, § 15. lib. 31 Dig. y L. 108 tit. 1, lib. 35 Dig.

Corresponde al 634 Proy. 1851 modificado á tenor del 3629 Méx.; 897 Ital.; 1061 Chil.

(2) Tiene su precedente en varias leyes de los títs. 24, lib. 2 Dig.; 43, lib. 6 Cód. y 23 lib. 2 Inst., y en la L. 1, tit. 5, Part. 6.

La R. Céd. 14 Mayo 1789 y la R. resol. de 6 Nov. 1839, declararon nulos los fideicomisos perpétuos y la prohibición de enajenar; impuestos posteriormente á dicha disposición, á menos que para su fundación se hubiere obtenido R. licen. Según la R. O. 24 Nov. 1818, son nulos los fideicom. tempor. que se extienden á más de una 2ª generación, á no ser que se hubiesen hecho con autorizac. de la Audien. del territorio. La L. 27, Sep. 1820, restablecida por R. D. 30 Ag. 1836, prohíbe fundar, por cualquier pretexto, mayorazgo, fideicomiso, patronatos, etc.

La L. 23 Mayo 1845 reconoce indirectamente los fideicomisos temporales, puesto que trata del pago que ha de hacerse por ellos al Tesorero.

V. el art. 14 L. Hipot., 1869.

Por lo que hace á los Cód. extranjs. y doctrina relativamente al fideicomiso, V. la nota puesta al principio de esta Sección.

1ª "Instituyo heredero á C., y si éste muriere en la inpubertad," le sustituyo á D. 2ª "Y si éste no fuere heredero," le sustituyo á D. Esta última es la sustitución vulgar, en la cual se entiende comprendida tácitamente la pupilar; así como en la pupilar expresa se supone, según dijimos, comprendida tácitamente la vulgar.

Por virtud de la sustitución pupilar, según el Der. Rom., se transfiere al sustituto, además de los bienes que pertenecen al testador, el patrimonio del impúber; pero este principio no fué aceptado estrictamente por los intérpretes del Der. Patrio, entendiéndose que, según es de presumir de la voluntad del testador debe ser preferido el derecho de la madre en los bienes del hijo impúber, y concedérsele, por tanto, á tenor de la L. 6ª de Toro, dos tercios de la herencia como porción legítima.

En Cataluña, la Const. 3ª, lib. 6, introdujo una restricción en la sustitución pupilar, ordenando relativamente á los bienes maternos que el nombramiento

Art. 782. Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima. Si recayeren sobre el tercio destinado á la mejora, sólo podrán hacerse en favor de los descendientes (1).

Art. 783. Para que sean válidos los llamamientos á la sustitución fideicomisaria deberán ser expresos.

El fiduciario estará obligado á entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por

(1) V. 813 y 824 de este Cod.—Los fideicomisos sobre la mejora á favor de los descendientes en la L. 11, tit. 6, lib. 10 Nov. Recop.

to de sustituto debe recaer en alguno de los parientes de la línea materna, y no en favor de otras personas.

LA SUSTITUCION EJEMPLAR ó casi pupilar fué establecida por Justiniano, á imitación y ejemplo de ésta, para el caso de que el heredero falleciese en su estado de incapacidad, "si heres erit in furore decesserit." En su virtud, el sustituto percibe, como en la pupilar, los bienes del testador y del incapacitado, si éste falleció sin poder testar. En la fórmula de la sustitución ejemplar se entiende comprendida la vulgar tácita. Así en la de "Instituyo heredero á mi hijo B., y para el caso que falleciere en la locura que padece, le sustituyo á C.," se supone que el testador quiso expresar en ella el caso de que el loco premuriere al testador.

El Der. Rom. y el Patrio establecían diferencias entre los nombramientos de los sustitutos y los efectos de la sustitución pupilar y la ejemplar, como consecuencia de sus respectivos fundamentos, entendiéndose que aquélla estaba basada en la patria potestad, y ésta en el afecto hacia la persona incapacitada; pero el presente Código ha equiparado en estos puntos ambas sustituciones.

LA SUSTITUCION FIDEICOMISARIA tiene su origen en el fideicomiso romano, que consistía en una liberalidad de última voluntad, hecha generalmente en forma de súplica y dejada á cargo de un heredero para que la restituyese á un tercero, lo cual era un medio de eludir la ley defiriendo la herencia á las personas que carecían de capacidad para adquirirla.

Cuando Augusto, se dió fuerza obligatoria á los fideicomisos, y en su virtud el heredero instituido entregaba, no por su voluntad, sino por disposición del testador, la herencia al "fiduciario." De ahí que el fideicomiso, inventado para transmitir la herencia á una persona que no tenía aptitud jurídica para ello, fué ya un modo de instituir á personas que tenían esta capacidad, nombrándoles herederos desde cierto día ó bajo condición, y entendiéndose que disfrutaría entre tanto de la herencia el heredero instituido en primer lugar. El fideicomiso puro no desapareció, sin embargo; pero el condicional y el "in diem" tomó incremento, y es el que más aplicaciones tiene en los modernos tiempos.

La fórmula antigua del fideicomiso era la de súplica, puesto, que si se transfería la herencia, era por voluntad del heredero instituido. Ejemplo: "Nombró heredero á B., y le ruego que restituya mi herencia á C."

Modificada esencialmente la naturaleza del fideicomiso por haberle concedido la ley fuerza obligatoria, no tuvieron ya razón de ser las palabras oblicuas ó de súplica, por lo cual, aunque no cayeron desde un principio en de-