

rederos, que despues de su muerte den ó entreguen todos sus bienes á aquel que fuese nombrado en el codicilo (1).

42. La persona del heredero debe ser señalada de un modo cierto y por el mismo testador, y no dejada su designacion al arbitrio de otro (2). El simple error en el nombre no daña la institucion, pero sí el que consiste en la persona del heredero, en cuyo

---

»modo dispongan los *heredantes* de sus bienes durante su vida ó para despues de su muerte.»

Tambien el Tribunal Supremo tiene declarado respecto de esta materia: 1.º Que la institucion de heredero, hecha en las capitulaciones matrimoniales para el caso de morir los cónyuges intestados, es válida y no se opone á la libre voluntad de testar, por poder variar la institucion si lo creyeren conveniente. (Sentencia de 30 de Junio de 1859.) 2.º Que la donacion y heredamiento universal hecho en capitulaciones matrimoniales, aún con las reservas que la ley exige para su validez, no tiene exclusivamente el carácter de donacion *inter vivos*, sino tambien el de *institucion testamentaria*, por la universalidad de los bienes del donante á que se refiere, y por producir sus efectos despues de la muerte del mismo. «Además, »cualquiera que sea el valor y eficacia de tales heredamientos y donaciones »universales, deben respetarse y cumplirse con igual exactitud las condiciones y reservas que en ellos establezcan los donantes. (Sentencias de 10 de Enero y 30 de Junio de 1873.) 3.º Que los heredamientos absolutos equivalen á las donaciones *inter vivos* y son irrevocables, por lo cual, ni pueden revocarse ni imponerse en ellos ninguna condicion ni gravámen restitutorio posterior. (Sentencia de 26 de Octubre de 1876.) 4.º Que son heredamientos condicionales, no sólo aquellos en que se pone expresamente una condicion, sino tambien aquellos que expresa ó tácitamente se refieren á otro matrimonio, y que se dirigen á que los hijos del primero sean preferidos á los del segundo. (La misma sentencia citada de 26 de Octubre.) 5.º Que á esta clase, con el carácter de *prelativo*, pertenece el que se establece en capitulaciones matrimoniales, cuando se estipula que en el caso de fallecimiento de uno de los cónyuges dejando hijos del matrimonio, si el sobreviviente pasase á contraer otro, del cual tuviese tambien hijos, en tal caso hijos por hijos é hijas por hijas sean preferidos en orden á la sucesion de los bienes del sobreviviente los hijos é hijas del primer matrimonio. (La misma sentencia de 26 de Octubre de 1876.)

(1) Leyes 7.ª, tít. III, y 2.ª, tít. XII, Part. VI.

(2) Leyes 6.ª y 11. Esta ley 11 no es aplicable, segun un considerando del Supremo Tribunal, cuando tres otorgantes de un testamento se instituyen reciprocamente únicos y universales herederos, y disponen que en determinado caso pueda el sobreviviente distribuir la herencia por

caso no tendrá valor el nombramiento (1). Tampoco valdrá la institucion en que se califique al instituido con un delito determinado; pero si generalmente se dijere mal de él, esto no dañaria al nombramiento (2). Pueden ser instituidos uno ó muchos, y cada uno de ellos por iguales ó desiguales partes. Instituidos los pobres de una poblacion, se distribuirán los bienes especialmente entre los que se hallaren en los hospitales; si no se hubiere señalado lugar, entre los del pueblo en que el testador otorgó su testamento (3). Si hubieren sido instituidos todos los parientes, se considerarán como tales los reconocidos por la ley de 16 de Mayo de 1835, que más adelante mencionamos (4).

43. La institucion puede hacerse puramente y bajo condicion, y tambien desde y hasta cierto dia, porque con arreglo á una ley recopilada (5), que corrige en esta parte las de Partida (6) y del derecho romano, puede uno morir en parte testado y en parte intestado. Verificada la institucion sólo por la vida del heredero, con la cláusula de que pueda éste enajenar los bienes que se le dejan en caso de necesidad, podrá hacerlo válida y legal-

---

las almas de los mismos, ó entre las personas que mejor le acomodare. (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 Abril de 1869.) Tambien se halla declarado que, con arreglo á lo virtualmente dispuesto en la ley 13, tít. III, Partida VI y en otras del mismo código, y á la doctrina legal constantemente seguida en todo el reino, es válida la institucion aunque en ella no aparezca el nombre del instituido, siempre que el testador haya manifestado su intencion, de manera que sea imposible dudar acerca de la persona á quien se refieran sus palabras. (Sentencia de 18 de Junio de 1857.)

Ya hemos dicho que en *Aragon*, segun la opinion de algunos juriscultos, se puede encargar á otro la institucion de heredero.

En *Cataluña* los maridos dejan á veces á eleccion de sus mujeres el nombramiento de heredero. (Vives y Cebriá.)

(1) Ley 12, tít. III, Part. VI.

(2) Ley 10, tít. III, Part. VI.

(3) Ley 20, tít. III, Part. VI. Gregorio Lopez dice que esto se entiende si el testador tenia en este pueblo su domicilio.

(4) Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de 22 de Junio de 1854.

(5) Ley 1.ª, tít. XVIII, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(6) Ley 15, tít. III, Part. VI.

mente, sin otras formalidades y condiciones que las impuestas por el mismo testador (1).

44. *Condición es una circunstancia que suspende el cumplimiento de alguna cosa hasta cierto evento*: de aquí se infiere, que la que hace relación á tiempo pasado ó presente no es verdadera condición (2). Su efecto es que valga la institución ó promesa, cumplida que ella sea, retrotrayéndola al principio. Las *condiciones* se dividen en *posibles é imposibles*. En realidad es inexacta esta nomenclatura, pues las imposibles no merecen el nombre de condiciones; pero la ley de Partida la acepta, y es necesario tenerla presente porque es de frecuente aplicación. Las imposibles lo son, *por la naturaleza, de hecho, por el derecho y por su duda y oscuridad*. Las *imposibles por la naturaleza* son las en que por ésta hay un impedimento invencible para su cumplimiento: *las imposibles de hecho*, aquellas que no teniendo un impedimento natural para su existencia no pueden, sin embargo, suceder. Realmente son difíciles de distinguir las condiciones imposibles por naturaleza de las que lo son de hecho (3), y nosotros omitiríamos esta división si no produjera efectos diferentes en el derecho. Las *imposibles por derecho* son las que prefijan una circunstancia contraria á las leyes ó á las buenas costumbres; y se las llama y declara imposibles, por el principio altamente moral de reputar como imposible todo lo que se opone á la honestidad y á las prescripciones del derecho. Las *dudosas* son aquellas que por la oscuridad de su redacción no aparecen con claridad (4). Las imposibles por naturaleza y por derecho se tienen por no puestas

(1) Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia: de 21 de Mayo de 1859.

(2) Ley 2.<sup>a</sup>, tit. IV, Part. VI.

(3) Leyes 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> del mismo título y Partida. Imposible por la naturaleza, según la ley de Partida, sería la condición que pusiera el testador al heredero de que había de tocar con la mano al cielo: imposible de hecho, si instituyera á una persona con la de que había de dar á la iglesia un monte de oro. Gregorio Lopez, interpretando la ley 4.<sup>a</sup>, dice que habla de un monte artificial, y que si el testador hablara de uno natural, entonces la condición sería imposible por naturaleza. Semejante distinción, tomada de más antiguos textos que las leyes de Partida, no nos satisface, así como tampoco las consecuencias que de ella se han sacado.

(4) Ley 1.<sup>a</sup>, tit. IV, Part. VI.

y no vician la institución; lo contrario sucede en las perplejas ó dudosas, como también en las imposibles de hecho (1).

45. Las posibles se dividen en *potestativas, casuales y mixtas*. Las *potestativas* son las que dependen en todo de la voluntad de aquel á quien se imponen; las *casuales*, de la suerte; las *mixtas*, de ambas cosas (2). No se puede imponer condición en la legítima á los herederos forzosos, y sólo la potestativa por lo demás que se les dejare (3). A los extraños se imponen todas las posibles, y tendrán obligación de cumplirlas con la siguiente diferencia. Las potestativas no cumplidas destruirán la institución, á no ser que la falta de cumplimiento haya dependido de la casualidad, ó que sea por culpa de otro y no del insti-

(1) Leyes 3.<sup>a</sup>, 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup>, tit. IV, Part. VI.

(2) Leyes 1.<sup>a</sup> y 7.<sup>a</sup> del mismo título y Partida.

(3) Ley 11 del mismo título y Partida. Esta ley permite al padre ó á la madre poner una condición potestativa, respecto á los bienes que dejan al hijo además de la legítima; pero ninguna de las casuales ó mixtas, estableciendo que, si las pusiere, *no empescen al hijo heredero magüer non se cumplan*. El Tribunal Supremo, en sentencia de 14 de Mayo de 1875, considera derogada esta última parte de la ley, por la 10, tit. VI, lib. X de la Novísima Recopilación (26 de Toro), la cual se limita á declarar que la donación hecha al hijo se ha de entender mejorada en lo que cupiere del tercio, quinto y legítima; y por la 11 del mismo título y libro (27 de Toro), que autoriza á los padres á poner los gravámenes que quisieren en las mejoras á sus hijos, aunque con ciertas limitaciones. Advertimos, sin embargo, que esta decisión no se halla en perfecto acuerdo con las doctrinas de los juriscónsultos, pues tanto Gregorio Lopez en sus glosas, como varios escritores modernos, hacen mención de esta parte de la ley como subsistente y no derogada.

El mismo Supremo Tribunal tiene también declarado que es doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales, que los testadores pueden imponer á los herederos legítimos todas las condiciones que la ley 3.<sup>a</sup>, título IV, Part. VI no prohíbe, aunque se les grave con la pérdida de lo que graciosamente se les deje, si no las cumplen. (Sentencia de Marzo de 1866.) Esta decisión no se opone á la prohibición de la ley de Partida de imponer condición en la legítima á los herederos forzosos, puesto que la falta de cumplimiento de las que en aquella se autorizan, sólo lleva consigo la pérdida de la porción de que el testador puede disponer libremente, y de ningún modo de parte alguna de la legítima.

tuido (1). Las casuales han de cumplirse necesariamente (2). Las mixtas, si no se cumplieren por culpa del tercero de quien en parte dependen, y no por un accidente fortuito, se tendrán también por cumplidas (3). Así, pues, si uno fuere instituido heredero con la condición de casarse con determinada persona, y ésta muriese, ó él no quisiere efectuar el matrimonio, no recibirá la herencia; mas si ella se opusiere, no le servirá de obstáculo al instituido para ser declarado heredero, la falta del cumplimiento de la condición (4).

46. Hay además otra división de condiciones en *afirmativas* y *negativas*, que consisten, las unas en hacer, y las otras en no hacer cosa alguna. Como el cumplimiento de las negativas de parte de aquel á quien se imponen no puede tener efecto hasta después de su muerte, la institución resultaría siempre ineficaz. Para evitarlo, determina la ley que en este caso no se suspenda la adquisición de la herencia, si bien el heredero ha de dar la caución que los romanos llamaban *muciana*, que consiste en afianzar que si no cumple la voluntad del testador, se devolverá la herencia á sus legítimos sucesores (5).

(1) Ley 14, tit. IV, y ley 22, tit. IX, Part. VI.

(2) Ley 14, tit. IV, Part. VI.

(3) Leyes 14, tit. IV, y 22, tit. IX, Part. VI.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de Enero de 1866, considera que «la condición exigida por un testador de haber de casarse su heredero con persona de familia determinada, debe reputarse por no puesta, según la doctrina de jurisprudencia consignada por el mismo Tribunal, por ser contraria en general á las buenas costumbres y á la libertad y santos fines del matrimonio.» De aquí se deduce, como necesaria consecuencia, que habrá más motivo para declarar como no puesta la condición, cuando el testador señaló persona determinada, pues en este caso es mayor la restricción de la libertad del heredero. Pero nosotros, teniendo en cuenta que el ejemplo de que nos valemos en el texto se halla enteramente ajustado al que ponen las leyes 14, tit. IV, y 22, tit. IX, de la Part. VI, no podemos seguir la opinión de tan respetable tribunal, asentando una doctrina que consideramos poco conforme con lo expuesto por leyes claras y terminantes.

(4) Es doctrina admitida por el Tribunal Supremo, que el heredero voluntario está obligado á cumplir con todo lo ordenado por el testador en el testamento. (Sentencia de 28 de Setiembre de 1872.)

(5) Ley 7.<sup>a</sup>, tit. IV, Part. VI. La condición negativa de no casarse, im-

47. Algunas veces se ponen varias condiciones *copulativa* ó *disyuntivamente*; en el primer caso, todas deberán ser cumplidas; en el segundo, basta el cumplimiento de una sola (1).

48. Finalmente, las condiciones pueden ser *expresas* ó *tácitas*. *Expresas*, las que el testador marca y determina explícitamente; *tácitas* son aquellas que se sobreentienden, aunque no sean puestas señaladamente (2).

## § II.

### Sustituciones.

49. Cuando la institución de heredero constituía una circunstancia tan esencial, que sin ella era nulo el testamento, debía reportar grandes ventajas la sustitución. El morir intestado era altamente ignominioso, y para evitarlo, se valían los romanos de todos los medios posibles, entre los cuales se contaba éste. Las leyes de Partida adoptaron también las sustituciones, y aunque desde la publicación del Ordenamiento de Alcalá haya cesado entre nosotros la principal causa que las introdujo, no por eso dejan de ser una institución vigente, útil y favorable á las últimas voluntades.

50. Sustitución es *el nombramiento de un segundo heredero en lugar del primero*. La ley señala seis clases: vulgar, pupilar,

puesta á un soltero, especialmente si es mujer, se considera nula por algunos escritores, fundados en la doctrina de las leyes romanas, y aún en principios de moralidad y de decoro. Impuesta á un viudo se le da fuerza, así como también cuando la prohibición de casarse no es general, sino limitada á determinadas personas. Esta es la opinión de Gomez, Covarrubias, Gutierrez, Sala y algunos otros jurisconsultos. La condición de no casarse con determinada persona debe cumplirse, por no ser contraria á las buenas costumbres, puesto que la prohibición se limita á un sólo individuo señalado; así se halla establecido respecto á los legados, y lo consideramos extensivo á la herencia, por el Tribunal Supremo, en sentencia de 11 de Diciembre de 1873.

(1) Ley 13 del mismo título y Partida.

(2) Ley 10, tit. IV, Part. VI.

compendiosa, brevilocua y fideicomisaria (1). En todo rigor, no hay más que una especie, la vulgar, aunque en verdad es muy clara y conveniente la division, cuyo segundo miembro comprende la pupilar.

51. *Sustitucion vulgar.*—Sustitucion vulgar es la que hace cualquier testador al instituido por heredero, para el caso en que éste no llegare á serlo (2). Se hace expresa y tácitamente. Expresamente, cuando se instituye á uno, y explícitamente se dice que si no fuere heredero lo sea otro que tambien se nombra: en este caso adquiriria el segundo la herencia, si el primero muriese ántes de adirla ó si durante su vida no quisiere recibirla ó la renunciase; pues la fórmula general de la sustitucion vulgar comprende los casos particulares de noluntad y de impotencia del primer instituido. Se hace tácitamente, siempre que el testador nombra á dos por sus herederos, diciendo que lo sea aquel que quede vivo, pues en semejante caso, si ambos viviesen, ambos obtendrán la herencia; pero si uno de los dos muriese, la adquirirá el que sobreviva. Se dice y entiende hecha tácitamente esta sustitucion, porque aún viviendo los dos, si uno de ellos no quisiere ser heredero, el otro entrará en su lugar y recibirá la herencia por entero (3). Si fueren instituidos varios herederos, señalando á cada uno la parte que ha de percibir, y sustituyéndolos vulgarmente entre sí sin expresar partes en la sustitucion, si uno dejare de serlo, le sucederán los demás en la misma proporcion en que fueron instituidos, porque se presume que la voluntad del testador fué igualarlos ó desigualarlos en la sustitucion, del mismo modo que en la institucion (4).

(1) Ley 1.<sup>a</sup>, tít. V, Part. VI.

*Aragon.*—Las únicas sustituciones que están en práctica, son: la vulgar, la fideicomisaria y la compendiosa, segun afirman Lissa, Franco, y Guillén.

(2) Por ejemplo, segun dice la citada ley 1.<sup>a</sup>: *Establezco á fulan por mio heredero, é si él non quisiere, ó non lo pudiere ser, séalo fulan en lugar del.* La 2.<sup>a</sup> varia la fórmula, poniéndola en estos términos: *Establezco á fulan por mio heredero, é si él non lo fuere, fago mio heredero á fulan.*

(3) Ley 2.<sup>a</sup> citada.

(4) Ley 3.<sup>a</sup> del mismo título y Partida. Es lícito hacer una série de sustituciones vulgares, llamando sucesivamente á varios herederos en falta de los primeramente nombrados, con tal que esta disposicion no contenga

52. Cesa la sustitucion vulgar cuando el heredero admitió la herencia, ó manifestó su conformidad y consentimiento acerca de su admision (1).

53. *Sustitucion pupilar.*—Sustitucion pupilar es la que hace el padre al hijo que tiene en su poder, para el caso en que sea heredero y muera ántes de llegar á la pubertad (2). Instituida ori-

ninguna prohibicion de enajenar, ni por consiguiente ninguna vinculacion. (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 29 de Noviembre de 1859.) Cuando es llamado é instituido heredero en último lugar aquel á quien por derecho tocase y correspondiese, se ha de entender por tal el pariente ó parientes más próximos del testador que existiesen al tiempo de abrirse la herencia. (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Enero de 1863.)

«La sustitucion hecha en favor de una persona para cuando otra muera sin hijos es condicional, y el sustituto que muere pendiente la condicion no adquiere derecho alguno, y por lo tanto, no puede transmitirlo á sus sucesores.» (Sentencia de 18 de Abril de 1872.)

Tambien, segun la jurisprudencia admitida por los tribunales, la disposicion testamentaria por la que es llamado un tercero al todo ó parte de lo que reste de una herencia al morir el heredero, contiene una especie de sustitucion condicional en favor del llamado, á la cual son aplicables las reglas y prescripciones legales que rigen respecto á esta clase de instituciones..... Y por consiguiente, el sustituto que premuere, pendiente dicha condicion, no adquiere ni puede transmitir derecho alguno por testamento ni abintestato. (Sentencia de 10 de Julio de 1878.) Igualmente está declarado que, segun la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es necesario que en las instituciones condicionales tenga el sustituto capacidad para aceptar la herencia al tiempo de cumplirse la condicion impuesta por el testador, sin lo cual no adquiere ni puede adquirir derecho alguno. (Sentencia de 23 de Octubre de 1876.)

(1) Ley 4.<sup>a</sup> del mismo título y Partida, y jurisprudencia establecida de conformidad con esta ley por el Tribunal Supremo. (Sentencia de 29 de Noviembre de 1878.) Y es evidente que cesará tambien, siempre que el sustituto muriese ántes que el heredero instituido, á no haber dispuesto otra cosa el testador; doctrina confirmada además por sentencias del Tribunal Supremo de 14 y 26 de Octubre de 1867.

(2) Por las leyes de Partida (ley 5.<sup>a</sup>, tít. V, Part. VI), no solamente correspondia al padre la facultad de sustituir pupilarmente, sino tambien á los demás ascendientes que conservaban el derecho de patria potestad en que se funda esta clase de sustitucion. Mas este derecho se limitó á los padres, desde que la ley de Toro declaró emancipados á los hijos casados y

ginariamente para libertar á los pupilos de las asechanzas de sus más inmediatos parientes, que llamados á la tutela y á la herencia podrian atentar á la vida del que al llegar á la pubertad tenia derecho de testar, más bien que sustitucion es una institucion de heredero, ó si se quiere, es el testamento del hijo, habiendo la ley permitido al padre que le hiciera en su nombre.

54. La sustitucion pupilar se hace tambien expresa ó tácitamente. Expresamente, cuando el testador señala por heredero á un hijo suyo, y para el caso en que lo sea y muera ántes de la pubertad nombra á otro, pues entónces si muere el primero, recibirá el segundo la herencia de testador. Tácitamente, cuando el testador instituye tambien á un hijo suyo, y para el caso de que no sea heredero designa en su lugar á otra persona; entónces tambien ésta adquirirá la herencia, aunque el primero hubiere sido heredero y muerto dentro de la edad pupilar (1). De este principio podemos deducir que la sustitucion pupilar tácita está contenida en la vulgar. No obstante, hay la siguiente excepcion de esta regla: cuando el testador nombra por herederos á dos hijos suyos, el uno mayor de catorce años y el otro menor, y los sustituye vulgarmente, pues entónces, aunque este último muera dentro de la edad pupilar, si hubiere ya admitido la herencia, no entrará á sustituirle el otro, porque en este caso no se conservaría entre ellos igualdad; pero sí le sucederá abintestato (2). De-

velados. En el día tambien podrá, en nuestro concepto, ejercitar este derecho la madre que tenga el de patria potestad.

(1) La citada ley 5.<sup>a</sup> pone las fórmulas de ambas maneras de sustitucion. De la expresa, en estos términos: *Establezco por mio heredero á fulan mio fijo, é si fuere mio heredero é muriere ántes que sea de edad de catorce años, establezco á fulan que sea su heredero.*

De la tácita: *Establezco por mio heredero á fulan, mio fijo, que es menor de catorce años, é á fulan, é á fulan mis amigos: Mando que cualquier que sea mi heredero, sea heredero de mio fijo.*

En un recurso de casacion elevado contra una sentencia dictada por la Audiencia de Barcelona, se ha declarado que si la fórmula de la sustitucion hecha en un testamento respecto á los hijos varones es diversa de la que se emplea al instituir y sustituir á las hijas en defecto de varones, es prueba de que el testador ha querido que fuesen distintas las sustituciones. (Sentencia de 27 de Noviembre de 1872.)

(2) Ley 5.<sup>a</sup>, tit. V, Part. VI.

bemos decir francamente que no nos parece bien esta disposicion, que en último resultado viene á producir el efecto de hacer de mejor condicion al extraño que al hermano.

55. El padre puede sustituir al hijo desheredado, pues por la desheredacion no se acaba la patria potestad (1).

56. Veamos ahora qué bienes y bajo qué condiciones ha de heredar el sustituto pupilar, llegado el caso de la sustitucion. Es indudable que sucederá en los bienes del huérfano, cualquiera que sea su procedencia (2), ya sean adquiridos por el pupilo mismo, ya procedentes de su padre, ya de otra persona, sin que pueda tomar los unos y dejar los otros (3); porque el heredero sucede en todos los beneficios y derechos como en todas las cargas y deudas.

57. El sustituto pupilar dado por el arrogador al arrogado heredará tan sólo los bienes que éste tuviere procedentes de aquél, ó que hubiese recibido por contemplacion suya. Pero los demás bienes que el arrogado hubiere adquirido por herencia de sus ascendientes, ó colaterales, ó por otro cualquiera título, pasarán á sus herederos legítimos y no al sustituto (4).

58. El sustituto pupilar no excluye de la herencia de su hijo á la madre, y sólo percibirá en todo caso la tercera parte de los bienes, porque de otro modo se destruiria la doctrina que acerca de la legítima de los ascendientes dejamos expuesta, y tendríamos que al padre que testa por el hijo, se le daba más latitud que la que á éste corresponderia si tuviera capacidad para testar (5). Lo que decimos de la madre, debe hacerse extensivo á los abuelos y demás ascendientes, por militar en ellos igual razon.

(1) Ley 6.<sup>a</sup>, tit. V, Part. VI.

(2) Ley 7.<sup>a</sup>, tit. V, Part. VI.

(3) Ley 8.<sup>a</sup>, del mismo título y Partida.

(4) Ley 9.<sup>a</sup>, del mismo título y Partida.

(5) Covarrubias, Lopez, y Gomez, fundándose en la ley 12, tit. V, Partida VI, sostienen la doctrina contraria á la que aquí expresamos; y Febrero dice que en la práctica, los tribunales superiores é inferiores deciden en favor del sustituto y contra la madre. No podemos creer que hoy haya un solo tribunal en España que no repute derogada la ley de Partida por la 6.<sup>a</sup> de Toro, ó sea la ley 1.<sup>a</sup>, tit. XX, lib. X de la Novísima Recopilacion, por la que se establece que los ascendientes sean herederos de los descendientes cuando éstos *no tengan hijos ó descendientes legítimos, ó que hayan*

59. La sustitucion pupilar se acaba:

1.º Llegando los hijos á la pubertad, porque cesa entónces la causa de su introduccion.

2.º Saliendo del poder paterno, porque de él es efecto la facultad de sustituir.

3.º Por la anulacion del testamento del padre, del que toma la sustitucion toda su fuerza (1).

4.º Por la muerte del hijo, acaecida ántes que la del padre; pues siendo la sustitucion una ficcion por la que se supone que el padre hace testamento por el hijo que le sobrevive, cesan en este caso los términos hábiles en que se funda, y además falta la razon que tuvo la ley para permitirla (2).

60. *Sustitucion ejemplar.*—La sustitucion ejemplar, llamada así por haber sido introducida á imitacion de la pupilar, es aquella que el padre, la madre, los abuelos y otros ascendientes hacen á los descendientes que hubieren perdido el juicio, para el caso en que

---

*derecho de los heredar*, pues las últimas palabras sólo pueden referirse á los descendientes legitimados, y áun á los naturales y espúrios con respecto á la madre, y no como pretende Gomez á los sustitutos, teniendo para apoyar interpretacion tan torcida, que violentar, no sólo el buen sentido sino hasta las reglas de gramática. Con Elizondo y Gutierrez desechamos semejante interpretacion, que parece imposible que haya sido seguida por nuestros antiguos jurisconsultos y prevalecido en la práctica despues de las leyes de Toro. Una sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de Diciembre de 1879, ha venido á confirmar esta opinion.

*Cataluña.*—Respecto á Cataluña se halla declarado, que si bien es cierto que segun la ley 8.ª, pár. V, *De inoffic. testam.*, el padre que testa por su hijo impúber tiene facultad de excluir á la madre, privándola de su porcion legitima, es indispensable para ello que ejercite clara y terminantemente este derecho de exclusion; doctrina que se halla corroborada por la constitucion única, tít. VI, lib. VI, vol. I. (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Noviembre 1872.)

(1) Ley 10, tít. V, Part. VI. La renuncia de la herencia hecha por el hijo es tambien uno de los casos en que cesa la sustitucion, segun la misma ley de Partida, pero en nuestro concepto esto no tiene ya lugar desde la ley de Ordenamiento.

(2) Este caso no se halla comprendido expresamente en la ley, aunque de él se hace mencion en la glosa 17 de G. Lopez á la misma; y por las mismas razones expuestas en el texto, le hemos considerado como una de las causas por que se acaba la sustitucion pupilar.

*mueran en este estado sin testamento legitimo* (1). No siendo esta sustitucion consecuencia de la patria potestad, es claro que pueden hacerla los ascendientes respecto á los descendientes emancipados y á los que han contraido matrimonio. La madre que pasa á segundas nupcias no pierde esta facultad.

61. No pueden los ascendientes hacer la sustitucion, cuando los descendientes testaron válidamente ántes de su enfermedad, porque la locura sobreviniente no es causa que revoque el testamento.

62. El ascendiente, en la sustitucion ejemplar, debe llamar á la herencia de los descendientes por este orden:

1.º A los hijos y descendientes del que padece la enajenacion mental, por el orden con que tienen derecho á la legitima.

2.º A los ascendientes (2), por el orden mismo tambien con que son llamados á la legitima.

3.º A los hermanos.

4.º A los extraños (3).

63. Cuando el padre que tiene en su poder al hijo impúbero, y éste es loco ó mentecato, le sustituye pupilarmente, no se entiende comprendida la sustitucion ejemplar en la pupilar; y mucho ménos si estaba cuerdo el hijo al tiempo de testar el padre y enloqueció despues, porque no es de creer que pensara el testador en el accidente que aconteció con posterioridad.

64. Cesa la sustitucion ejemplar: 1.º Por recobrar el juicio el sustituido. 2.º Por nacerle un hijo. 3.º Por la revocacion del testamento. Si despues de recobrar el juicio el descendiente incide de nuevo en la locura, no habiendo hecho testamento mientras conservó la razon, la sustitucion subsistirá, segun la opinion de algunos comentadores (4).

65. *Sustituciones compendiosa y reciproca.*—La sustitucion compendiosa y la reciproca ó brevilocua son más bien modos de sustituir que instituciones diferentes. La primera es la que com-

---

(1) Leyes 1.ª y 11, tít. V, Part. VI.

(2) Aunque la ley de Partida no los designa, creemos admisible esta doctrina despues de lo establecido por la ley de Toro en materia de sucesiones.

(3) Ley 11, tít. V, Part. VI.

(4) Entre ellos Antonio Gomez.

prende los distintos casos de la sustitucion con una sola fórmula; y en la segunda, el testador sustituye entre sí á los mismos á quienes ha instituido (1).

66. *Sustitucion fideicomisaria.*—La sustitucion fideicomisaria, llamada tambien fideicomiso universal, tiene lugar *cuando el testador instituye á una persona, encargándola que entregue á otra el todo ó parte de la herencia* (2). Puede hacer esta sustitucion todo el que puede otorgar testamento. El que debe entregar el todo ó parte de la herencia se llama *heredero fiduciario*, y ha de tener capacidad de ser heredero; el que ha de recibirla se llama *heredero fideicomisario*, y tambien ha de tener la misma capacidad (3). El fiduciario solamente puede ser compelido á cumplir la voluntad del testador cuando haya admitido la herencia, pero no cuando se niega á adirla ó la repudia: en este caso pasa al fideicomisario (4). A los ascendientes y descendientes del fideicomitente no se les puede imponer este gravámen con perjuicio de sus legítimas (5).

67. No siempre se expresa la persona á quien debe hacerse la entrega, sino que la designacion suele ser confidencial, hallándose autorizado por la práctica y por la jurisprudencia que

---

(1) Leyes 12 y 13, tít. V, Part. VI. La ley 12 usa de la siguiente fórmula como ejemplo de la sustitucion compendiosa: *Fago mio heredero á fulano mio fiyo, é quando quier que el muera, sea su heredero tal ome.*

La ley 13 presenta un ejemplo de la brevilocua para la sustitucion de dos hijos menores de catorce años, y emplea esta fórmula: *Fágo vos míos herederos á amos á dos, é establéscovos por substitutos el uno del otro de so uno:* fórmula en la cual, como dice la misma ley, van comprendidas cuatro sustituciones, dos vulgares y dos pupilares.

(2) Ley 14 del mismo título y Partida.

(3) Leyes 13 y 14, tít. VII, Part. VI.

(4) Ley 1.<sup>a</sup>, tít. XVIII, lib. X de la Novísima Recopilacion, que limita lo dispuesto por la ley de Partida. Gregorio Lopez, en su glosa 12 á la ley 14, tít. V, Part. VI citada. Ley, por otra parte, que no es aplicable al caso en que los testadores no han establecido en sus testamentos herederos fideicomisarios conocidos. (Sentencia de 10 de Marzo de 1875.)

(5) Ley 17, tít. I, Part. VI, y 1.<sup>a</sup>, tít. XX, lib. X de la Novísima Recopilacion.

*Aragon.*—En Aragon cesa esta sustitucion, si el gravado con ella muere dejando hijos legítimos, segun dicen Molino y Portoles.

esta designacion se haga, ya en cédulas ó papeles reservados, ya á la misma persona á quien se da la comision (1). Muchas veces se dispone, no en favor de un individuo determinado, sino en beneficio del alma del testador (2). Puede tambien encargarse sigilo en la distribucion, prohibiendo que se pidan cuentas al fiduciario por cualesquiera jueces y personas, y estableciendo que en caso de intentarlo se convierta aquél en heredero absoluto, cesando el fideicomiso. De esto se infiere que nuestros fideicomisos guardan muchas veces analogía con los primitivos de los romanos, que dependian de la buena fe del fiduciario. Laudables fueron los fines que la ley se propuso al conceder este modo de testar, pero no desconocemos que ha sido causa y origen de frecuentes y lamentables abusos que han dado lugar á que se forme una opinion generalmente poco favorable á esta institucion.

68. Cuando los testadores dejaren por herederas á sus almas, las de sus parientes ó de otros cualesquiera, ó por vía de mandas ó legados señalaren algunos sufragios, ó de cualquier modo mandaren hacerlos, no podrán encargarse éstos á los confesores en su última enfermedad, ni á sus parientes, religiones ó conventos: en caso de transgresion de esta ley, pasará á los sucesores legítimos todo lo dejado, y en su defecto á los destinos piadosos que señale la justicia, imponiéndose la pena de privacion de oficio al escribano que autorice estas últimas voluntades (3).

---

(1) Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Junio de 1862.

El heredero fiduciario universal á quien el testador atribuye todas las facultades de que él podia hacer uso en vida, y en los términos absolutos que le tenia prevenido verbalmente y por medio de notas, sin que autoridad ni persona alguna pudiera intervenir sus actos, facultándole al mismo tiempo para que, si falleciere ántes de cumplir lo dispuesto por el testador, pudiese nombrar heredero que lo ejecutase, puede, en efecto, cometer válidamente á su heredero, instituyéndole en el fideicomiso, las mismas facultades que á él se le habian concedido, sin que á esto se opongan las leyes que se refieren á los albaceas y comisarios para testar, inaplicables á los fideicomisos. (Sentencia de 8 de Mayo de 1871.)

(2) En efecto, es lícita y legal la institucion de heredero hecha en favor del alma del testador; doctrina confirmada por sentencias del Tribunal Supremo, de 15 de Marzo de 1864 y 24 de Diciembre de 1866.

(3) Cédula de 30 de Mayo de 1830. Estas prohibiciones no deben ser aplicadas sino en su tenor literal, y por consiguiente, no se entiende com-