

de cada caso, en los términos reiteradamente explicados en diferentes lugares de esta obra.

Asimismo, y en aplicación de dicha regla *duodécima* de las transitorias, en su segundo y tercer párrafo, «la herencia de los fallecidos después, con ó sin testamento, se adjudicará y repartirá con arreglo al Código; pero cumpliendo, en cuanto éste lo permita, las disposiciones testamentarias», y, por lo tanto, «se respetarán las legítimas, las mejoras y los legados, pero reduciendo su cuantía, si de otro modo no se pudiera dar á cada partícipe en la herencia lo que le corresponda según el Código».

*Tercera.* Que, por consiguiente, el resultado que, en definitiva, deberá producir la aplicación de estas reglas á la materia de *institución de heredero*, constituyendo el *criterio de transición* acerca de la misma, no será otro que el de regular por las leyes y doctrina de la jurisprudencia del Derecho anterior, todos los casos de institución de heredero y sus efectos, que se refieran á la ordenada en testamento, cuyo otorgamiento y muerte del testador hayan tenido lugar *antes* de 1.º de Mayo de 1889; y, en cambio, someter á la preferente regulación del Código todos aquellos otros casos de institución de heredero en los que la muerte del testador que la ordenó haya acaecido *después* de aquella fecha, cualesquiera que sean las variantes de regla legal que el Código ofrezca, comparado con el Derecho anterior, aunque el testamento se haya otorgado con anterioridad á aquella fecha, y el fallecimiento del testador hubiere ocurrido después, sin otra salvedad que la del respeto *subsidiario*, en cuanto sea posible, manteniendo el *preferente* á la integridad en la aplicación del Código, de lo establecido en aquellas disposiciones testamentarias, sólo en la parte y hasta donde sean compatibles con lo preceptuado en aquél: el cual, será de exclusiva aplicación, sin salvedad alguna, para todos los casos de institución de heredero en testamentos otorgados con posterioridad á la mencionada fecha de vigencia del mismo.

## § 2.º

### Resumen de fuentes del nuevo Derecho civil común.

49. ENUMERACIÓN DE LAS APLICABLES Á LA MATERIA DE ESTE CAPÍTULO.—Son dichas fuentes:

*Única.* Los artículos del Código insertos y explicados en este capítulo y sus concordantes de aquél.

## CAPÍTULO XIII

### SUMARIO.—Del contenido de la sucesión testada ordinaria á título universal (continuación).—2.º De las SUSTITUCIONES.

#### Art. I. DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL.

- § 1.º *Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil, acerca de las SUSTITUCIONES.*—1. Aceptación genérica de las sustituciones y razón de plan.—2. En cuanto á su naturaleza y fundamento y sus diferencias en el Derecho de Castilla.—3. Su definición general.—4. Su clasificación y especies.—A. *Sustitución vulgar.*—5. Su concepto.—6. Elementos personales.—7. Idem formales (comunes y privados); forma específica de la sustitución vulgar y variedades expresas y tácitas que comprende (precedentes romanos y leyes de Partida); ejemplos de las tres formas expresas y tácitas de la sustitución vulgar.—8. Su contenido.—9. Efectos primarios.—10. Efectos secundarios; paralelo diferencial entre los derechos de sustitución, de acrecer y de transmisión.—11. Su extinción.—B. *Sustitución pupilar.*—12. Su concepto.—13. Elementos personales.—14. Idem formales.—15. Su contenido (efectos primarios y secundarios).—16. Extinción de la sustitución pupilar.—C. *Sustitución ejemplar.*—17. Su concepto.—18. Elementos personales.—19. Idem formales.—20. Contenido (efectos primarios y secundarios).—21. Su extinción.—D. *Sustitución fideicomisaria.*—22. Su concepto.—23. Precedentes romanos.—24. Sus especies; derogación de los fideicomisos perpetuos por las leyes desvinculadoras; subsistencia de los temporales.—25. Elementos personales.—26. Idem formales.—27. Contenido; efectos primarios; cuarta Trebeliánica; efectos secundarios; adaptación de las doctrinas generales.—28. Extinción; causas generales y especiales.
- § 2.º *Jurisprudencia anterior al Código civil.*—29. Sustitución vulgar.—30. Sustitución pupilar.—31. Sustitución fideicomisaria.

#### Art. II. CÓDIGO CIVIL.

- § 1.º *Texto.*—32. Sustitución vulgar.—33. Idem pupilar.—34. Idem ejemplar.—35. Disposición común á las sustituciones vulgar, pupilar y ejemplar.—36. Idem á las sustituciones pupilar y ejemplar.—37. Idem fideicomisarias.—38. Sustituciones fideicomisarias especiales: 1.º De usufructo. 2.º Para obras de beneficencia.
- § 2.º *Jurisprudencia según el Código civil.*—39. Sustitución vulgar.—40. Idem pupilar.—41. Idem fideicomisaria.
- § 3.º *Explicación.*—42. Generalización de doctrina.—A. *Sustitución vulgar.*—43. Preliminar.—44. Su concepto legal según el Código.—45. Elementos personales.—46. Contenido: efectos primarios en cuanto á la *forma* de la sustitución vulgar (cuatro casos del art. 774) y el número de los sustitutos; y efectos secundarios relativos al derecho de acrecer y de transmisión.—47. Sustitución recíproca.—48. Extinción.—B. *Sustitución pupilar.*—49. Su concepto y fundamento.—50. Elementos personales.—51. Contenido: efectos primarios y secundarios.—52. Extinción.—C. *Sustitución ejemplar.*—53. Novedades del Código en esta materia respecto del Derecho anterior; elementos personales; declaración previa de incapacidad; dudas y dificultades de interpretación del Código; soluciones.—54. Doctrina común á las tres especies de sustitución vulgar, pupilar y ejemplar sobre cargas, gravámenes ú

obligaciones impuestas al sustituto.—D. *Sustitución fideicomisaria*.—55. Preliminar.—56. Variedad de nomenclatura jurídica en esta materia (fideicomiso, sustitución fideicomisaria, fiduciario, heredero de confianza, albacea de confianza, etc.), que el Código emplea, y necesidad de precisar su verdadera y respectiva significación.—57. Crítica (Código francés, ley desvinculadora española y Código civil vigente).—58. Definición legal de la sustitución fideicomisaria y su explicación.—59. Elementos personales.—60. Idem reales; limitaciones.—61. Su contenido; efectos en cuanto á la *forma*; derogación de los fideicomisos de confianza ó con instrucciones reservadas; ídem de las disposiciones que contengan prohibición absoluta de enajenar y la temporal hasta cierto límite; ídem de las que impongan al heredero el encargo de pagar á varias personas cierta renta ó pensión, más allá del segundo grado; conservación y disfrute por el fiduciario; derogación de la *Cuarta Trebellánica*; obligación implícita del fiduciario de formar inventario.—62. Sustituciones fideicomisarias especiales; de usufructo y para fines benéficos.—63. Derecho de transmisión en favor de los herederos del fideicomisario que murió después del fideicomitente y antes de que se posesionara del fideicomiso.—64. Extinción; causas genéricas y específicas.—65. Aplicación á los legados y fideicomisos singulares.

Art. III. RÉGIMEN VIGENTE.

§ 1.º *Criterio de transición*.—66. Reglas de Derecho.

§ 2.º *Resumen de fuentes del nuevo Derecho civil común*.—67. Enumeración de las aplicables á las materias de este capítulo.

ART. I

DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL

§ 1.º

Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil, acerca de las SUSTITUCIONES.

1. Genéricamente la *sustitución*, no es otra cosa que una *institución de heredero*: sus caracteres diferenciales con ella no consisten en otra cosa sino en que supone la *dualidad*, al menos, ó la *pluralidad* de instituciones y la preferencia ú orden sucesivo de las unas respecto de las otras; pero, lo mismo la institución de heredero única ó singular que contenga un testamento, que las sucesivas y subsidiarias que en él se hagan con el carácter de *sustituciones*, no tienen otro fundamento que la propia voluntad del testador que llegó, en su previsión, á proveer á los supuestos ulteriores é hipotéticos de que los primeros instituidos no consumaran su derecho á la herencia en que se les instituyó, evitando así, por medio de nuevos llamamientos para tales casos, el fallecimiento y la sucesión *abintestato* y ofreciendo en su última voluntad, con la gradación de las preferencias de la misma, el ejercicio de su liberalidad testamentaria.

Si sólo de esto se tratara, no merecería capítulo aparte del anterior

destinado al estudio de la *institución de heredero*, la doctrina de *sustituciones*, materia del presente, sino que bastaría comprenderla, como una hipótesis más, en sus *efectos primarios* en cuanto al *número y lugar* de los instituidos; pero las *sustituciones*, en algunas de sus especies, no son derivación única del principio de la libre voluntad, sino que comprenden creaciones y modalidades determinadas por un supuesto legal, y en este concepto son nuevos organismos del Derecho positivo. Tal sucede con la *pupilar* y con la *ejemplar* y hasta cierto punto con la *fideicomisaria*; pero no así con la *vulgar*, que se ajusta exclusivamente á aquel supuesto general de la libre voluntad del testador.

2. En Roma, las sustituciones fueron introducidas en sus leyes más bien *ex necessitate iuris*, respondiendo á aquella preocupación contraria á la sucesión intestada y también en cierto sentido, menos indispensable por el derecho de acrecer, al principio capital de la sucesión testada, *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, por el espíritu de interés público de aquella legislación de favorecer y asegurar por toda clase de medios la sucesión testada.

En el Derecho de Castilla anterior al Código civil, no sucedió lo mismo desde la capital reforma en esta materia de la ley única, tit. 19 del Ordenamiento de Alcalá, que se apartó de aquellos criterios de la ley romana, dejó de considerar como esencial y negó el carácter de *solemnidad interna* á la *institución de heredero*, y abolió la incompatibilidad entre ambas formas de sucesión, testada é intestada, respecto de una misma persona y caudal hereditario, consagrando, sobre todo, la más amplia soberanía y libre voluntad de parte del testador; pero por este capital fundamento, si bien se modificó sustancialmente el carácter de la institución de heredero, quedó subsistente la *sustitución* para proveer á este nuevo supuesto de la voluntad del testador, en la *sustitución vulgar*, y á las hipótesis legales de las *otras* especies de *sustituciones*.

3. Es *sustitución*, en general, la institución de un segundo ó ulteriores herederos, para el caso en que falte el primero ó anteriormente instituido (1).

4. Distingúese en el Derecho romano, las dos clases de *directa* é *indirecta*: la primera se denominaba así porque no existía interposición de otra persona entre el testador y el heredero llamado como sustituto; tenía tres especies: *sustitución vulgar*, *pupilar* y *ejemplar*. La segunda, en que, además del testador y del heredero llamado como sustituto, existía la intervención de una persona, por cuya mediación había de pasar la herencia al instituido como sustituto, se llamaba *fideicomisaria* (2). Adviértase que, á pesar de la aparente identidad entre todas ellas, en

(1) L. 1.ª, tit. 5.º, Part. VI.

(2) L. 1.ª y sigs., ídem, id.

razón del número de personas, que habían de ser *tres*, testador, heredero y sustituto, la diferencia consiste en que, en la llamada *directa* y en cada una de sus especies de *vulgar*, *pupilar* y *ejemplar*, aunque la idea de sustituto implica la necesidad de heredero anteriormente instituido, y en tal concepto son *tres* las personas que figuran en toda sustitución directa, *no coexisten* las tres en la sucesión, sino que es condición indispensable la falta de heredero instituido en primer término, para que éntre el sustituto, y por eso se dice que es *directa*, puesto que, llegado el caso de la falta de heredero instituido, el sustituto sucede *directamente* al testador, mientras que en la fideicomisaria, *han de coexistir*, para que la sucesión se realice, las tres personas, testador ó *fideicomitente*, heredero instituido en primer término ó *fiduciario*, y sustituto ó *fideicomisario*, el cual hereda á través y por el intermedio del fiduciario, y no directamente del testador, y por eso se llama sustitución *indirecta* ó *fideicomisaria*.

Aunque la sustitución refiérese al concepto de una segunda ó ulterior institución de heredero, y constituye, por tanto, un modo de suceder *mortis causa* á título universal, no excluye la posibilidad de su aplicación, como forma jurídica, al *legado*, respecto del caso genérico de la sustitución vulgar, pues tal supuesto es modo de sucesión *mortis causa*, á título singular; y ambas aplicaciones tienen su fundamento en la libre voluntad del testador, que así expresamente lo ordenó, ya que el fin de toda sustitución es asegurar la eficacia y cumplimiento de aquélla.

En el Derecho español de Castilla, las especies de sustitución fueron estas mismas cuatro: *vulgar*, *pupilar*, *ejemplar* y *fideicomisaria*; pero se mencionan, además, en nuestras leyes (1) otras dos especies de sustitución: la llamada *compendiosa* y la *brevilocua* ó *reciproca* y *mutua*. Se realizaba la primera siempre que el testador la ordenase de un modo general, con el manifiesto propósito de comprender todos los supuestos y especies de sustitución, como la *vulgar*, la *pupilar* y la *ejemplar*, siempre que las condiciones personales del que la ordena y del sustituto y sustituido lo permitieran, mas no la *fideicomisaria*, que tiene términos especiales, los cuales no pueden ser comprendidos en una fórmula general. Tenía lugar la segunda, cuando los instituidos y herederos se sustituían recíprocamente.

#### A. SUSTITUCIÓN VULGAR.

##### a. Concepto.

5. Llámase así la institución de un segundo heredero nombrado por cualquier testador, para el caso de que el primer instituido, no llegara á serlo.

Se dice *cualquier testador*, para significar que se trata en esta espe-

(1) LL. 12 y 13, tit. 5.º, Part. V.

cie de sustitución, de aquellas instituciones, en primer término, lo mismo de herederos voluntarios, que de forzosos, siempre que el sustituto sea llamado para el caso genérico de *no ser heredero* el instituido, *sea la que fuere la causa*, á diferencia de lo que sucede en otras sustituciones, como en la *pupilar*, que tiene lugar sólo entre padres é hijos, y la *ejemplar*, que se realiza entre ascendientes y descendientes.

##### b. Elementos personales.

6. La regla de capacidad para ordenar la sustitución vulgar y para ser sustituto, es la misma general y común de la testamentifacción, activa y pasiva. Por esto, la sustitución no puede hacerse á favor del incapaz, valiéndose para ello de persona interpuesta.

##### c. Elementos formales.

7. Los de la sustitución *vulgar*, como los de todas las demás, son de dos clases; unos, *comunes* á todo testamento, en que la sustitución se contiene, que son las solemnidades correspondientes á la especie de aquél, ya expuestas (1), y otros los *privativos*, á la *forma de la sustitución*.

La forma específica de la *vulgar* se determina por el supuesto á que se refiere, *si hæres non erit*, si el heredero instituido en primer lugar no fuere heredero, por no querer ó por no poder serlo, de cuya circunstancia negativa depende exclusivamente el derecho del sustituto, toda vez que la eficacia de la sustitución provee á la única hipótesis que la da vida, cual es el que el instituido en primero ó anterior lugar no llegue á ser heredero por motivos de falta de voluntad de aceptación de la herencia, *voluntatis*, ó por motivos de imposibilidad, *impotentia*, incapacidad para suceder por testamento, ó sea, falta de testamentifacción pasiva, ó premoriencia al testador (2). Lo mismo en los términos generales de que el heredero instituido «no sea heredero», sin expresar la causa que produzca este resultado negativo, que con la fórmula de que «no quiera ser heredero», ó «no pueda ser heredero», se ofrecen *tres formas expresas* de ordenar la sustitución vulgar: una *general* y dos *especiales*.

El Derecho romano (3), en cuyo sentido han sido interpretadas igualmente las leyes de Partida (4), introdujo una *forma general tácita* de ordenar la sustitución, consistente en que la *pupilar expresa* comprendiera la *vulgar tácita*, si en lugar de realizarse el supuesto de la primera, se cumpliera el de la segunda, contra la opinión de algunos intérpretes que rechazaron aquella solución, porque se trataba de casos distintos, y porque si el testador se hubiera propuesto que el sustituto *pupilar* se

(1) Caps. 7.º á 10.º de este tomo.

(2) LL. 1.ª y 2.ª, tit. 5.º, Part. VI.

(3) Dig., L. 5.ª, *De vulg. et pupillari*.

(4) 2.ª y 5.ª, tit. 5.º, Part. VI.

convirtiera en *vulgar* y heredara en las hipótesis de ambas sustituciones, lo habría dicho, y en que no hizo la sustitución más que para el caso de la *pupilar*, y no para el de la *vulgar*. Pero venció el criterio opuesto, fundándose en la preocupación romana de ser más honroso morir con herederos testamentarios, que abintestato, y en que así se cumplía mejor el fin que la doctrina de las sustituciones se propuso, y puesto que llamó al sustituto como pupilar, prefiriéndole á los herederos legítimos del hijo impúber, con igual ó con mayor razón debía entenderse ser la voluntad del testador preferirle igualmente, en el caso de que sobreviniere el supuesto de la sustitución vulgar, y faltara el de la pupilar.

También las leyes de Partida establecieron *dos formas especiales tácitas* de ordenar la sustitución vulgar, dado el criterio que en ellas prevaleció (1), de considerar comprendido en el caso de *voluntad expresa*, el de *imposibilidad tácita*, y viceversa.

Resultan, pues, como formas peculiares de la sustitución vulgar, *tres expresas* y *tres tácitas*, deducidas de estos motivos y de su característica genérica, *si hæres non erit*, á saber:

*Forma general expresa*.—«Si A, instituido heredero, no lo fuese, nombro sustituto á B.»

*Formas especiales expresas*.—«Si A, instituido heredero, no *quisiere* serlo, nombro sustituto á B», y «Si A, instituido heredero, no *pudiere* serlo, nombro sustituto á B.»

*Forma general tácita*.—«Instituyo heredero á mi hijo A, impúber, constituido en mi patria potestad, y le nombro sustituto pupilar á B, para el caso en que sea heredero y muera antes de llegar á la pubertad»; pues, si no llegase á ser heredero, por ejemplo, por premoriencia al padre, y éste falleciere sin haber revocado su testamento, debería entenderse llamado el sustituto á la herencia, aunque no se ha dado el doble supuesto de la sustitución pupilar, para el cual fué nombrado *expresamente* el sustituto, y, en cambio, se ha dado el supuesto de la vulgar; es decir, que el hijo A, no ha llegado á ser heredero, porque se entiende que la sustitución pupilar expresa comprende, en este caso, á la vulgar tácita.

*Formas especiales tácitas*.—«Si el heredero instituido A, no *quisiere* serlo, nombro sustituto á B», el cual estaba llamado *expresamente* tan sólo para el caso de *voluntad*, pero debe entenderse llamado también *tácitamente* para el caso de *imposibilidad*, y viceversa.

d. *Contenido*.

8. Los efectos de la sustitución vulgar son, como los de la institución, *primarios* y *secundarios*.

9. Los *primarios* refiérense á la *forma* de la sustitución ó al *número*

(1) L. 2.<sup>a</sup>, tit. 5.<sup>o</sup>, Part. VI.

de los sustitutos. Los relativos á la *forma*, se regulan por la naturaleza jurídica de toda institución de heredero con condición suspensiva (1), que es la equivalente á la de la sustitución *vulgar*, consistiendo la condición—*si hæres non erit*—en que el heredero instituido en primero ó anterior lugar no llegue á serlo por no querer ó no poder aceptar la herencia, debiendo entenderse reproducido aquí cuanto se deja dicho (2) acerca de los efectos de aquélla.

La institución de heredero, lo mismo que la sustitución vulgar, puede hacerse además con cargas ú obligaciones impuestas expresamente al heredero y al sustituto ó sin ellas; y, asimismo, pueden expresarse en la institución y no en la sustitución. En esta última hipótesis, el Derecho romano resolvió la cuestión con variedad; el Digesto (3) estimó que no debían considerarse repetidas las cargas para el sustituto como para el heredero, puesto que respecto de éste se expresaron y de aquél no; y el Derecho Justiniano (4) se pronunció en sentido contrario, sin duda por considerar que no es lógico presumir que al instituido en primer lugar, preferido en la voluntad del testador, le impusiese mayores cargas y obligaciones que al sustituto, á quien llamaba después en defecto de aquél; y en que, puesto que se trata de una sustitución, lo natural es que el sustituto se subrogue en las propias condiciones en que era llamado el instituido, á no ser que el testador expresamente hubiera dispuesto otra cosa ó que fuera de índole personalísima la carga impuesta al heredero (5). Criterio que se conforma más con la conocida regla de que el sustituto del sustituto, es sustituto del instituido, para que la sustitución sea un caso de *subrogación jurídica* completa.

Los efectos relativos al *número* de los sustitutos, dependen de los términos é inteligencia ó sentido de las cláusulas de institución y sustitución; es decir, que, ante todo, es un caso de interpretación de la voluntad del testador.

Á partir siempre de esta base, las hipótesis pueden ser distintas, á saber: 1.<sup>a</sup>, que se haya designado un solo heredero y un solo sustituto, que es el caso normal que no ofrece ninguna especialidad; 2.<sup>a</sup>, que sean diversos los herederos y uno solo el sustituto, en cuyo caso habrá nece-

(1) L. 4.<sup>a</sup>, tit. 5.<sup>o</sup>, Part. VI.

(2) Núm. 19, cap. 19.<sup>o</sup>, en relación con la doctrina general de las condiciones suspensivas; núm. 71, cap. 19.<sup>o</sup>, t. II.

(3) L. 73, Dig. *De hæred. inst.*

(4) L. Un., Cod. *de Cad. Toll.*

(5) En este sentido se pronunció nuestra jurisprudencia, declarándose por la sentencia de 7 de Abril de 1864, «que la condición impuesta á un heredero bajo la pena, si no la cumple, de que la herencia pase al siguiente llamado, tiene aplicación al instituido y al sustituto nombrado que existieren al fallecimiento del testador, cualquiera que fuere de ellos el que entrare á disfrutar los bienes».

idad de determinar por la interpretación, si la voluntad del testador ha sido que en defecto de cualquier instituido, que deje de serlo, suceda el sustituto, ó si lo que quiso el testador, es que sólo se defiera la herencia al sustituto, si dejan de ser herederos todos los instituidos; 3.<sup>a</sup>, que se trate de un sólo heredero y de varios sustitutos, en cuyo supuesto si todos están llamados en el mismo segundo lugar y en defecto de aquél, faltando el heredero, entran conjuntamente todos los sustitutos á remplazarle; 4.<sup>a</sup>, que fueren varios los herederos y varios los sustitutos, hipótesis en la cual será preciso determinar, según el sentido que la interpretación atribuya á la cláusula testamentaria, si para cada heredero instituido, siendo igual el número de los sustitutos, ha de entenderse llamado, respectivamente, un sustituto determinado ó todos los sustitutos, ó si será preciso, según la voluntad del testador, que falten todos los instituidos en primer lugar para que le sucedan á su vez todos los sustitutos; 5.<sup>a</sup>, que los herederos instituidos, hayan sido llamados también, recíprocamente, como sustitutos los unos de los otros, lo cual constituye más bien una confirmación expresa del derecho de acrecer entre los coherederos (1).

Si los llamamientos de sustitutos vulgares hechos sucesivamente para el caso en que no lo fueran los previamente instituidos fuesen varios, de tal suerte que ofrecieran cierto aspecto vincular, el Tribunal Supremo (2) ha declarado que todas las sustituciones que lleven el propósito de vincular, queden nulas.

10. Los efectos *secundarios*, son los mismos indicados al tratar de la institución de heredero (3) relativos al derecho de acrecer y al de transmisión, igualmente aplicables á la sustitución cuando se convierte en institución en el supuesto que la origina de no llegar á ser herederos los instituidos en primer lugar.

Parece hasta cierto punto nota común de este orden jurídico de modos subsidiarios, mediante los cuales puede causarse la sucesión hereditaria con los nombres de *sustitución*, *derecho de acrecer* y de *transmisión*, esa *categoría subalterna*, que á todos caracteriza, en cuanto sólo vienen llamados á la sucesión con subordinación á la hipótesis que les da vida, que es la circunstancia negativa de la falta de heredero, propiamente tal ó instituido en primer término; pero es útil diferenciar, aun dentro de esa calidad secundaria común, cual es entre ellos el criterio de preferencia que han de tener por razón del supuesto de su título y derecho respectivo el sustituto, de la sustitución; el transmisor, del derecho de transmisión; y el coheredero, del derecho de acrecer.

Juzgándose de la preferencia de cada uno de ellos, es indudable que el orden será el siguiente:

(1) L. 3.<sup>a</sup>, tit. 5.<sup>o</sup>, Part. VI.

(2) Entre otras, sent. 21 Diciembre 1867.

(3) Núms. 44 y 45, cap. 12.<sup>o</sup> de este tomo.

1.<sup>o</sup> *Derecho de transmisión*, en sus especies (1) denominadas *ordinaria*, *suya* y *Teodosiana*, pues todas ellas se fundan en la aceptación de la herencia, bien por expresión ó acto del heredero voluntario, bien por la presunta legal en el heredero forzoso, y dicha aceptación excluye los supuestos de la *sustitución* y del *derecho de acrecer*, que precisamente se fundan en lo contrario, ó sea en que el heredero de quien otro es sustituto ó coheredero no ha llegado á serlo, sobreviniendo la hipótesis de la falta de heredero, para la sustitución, ó de la porción vacante, para el derecho de acrecer. No es tan terminante ni tan unánime el criterio jurídico respecto del transmisor Justiniano ó *iuris deliberandi*, porque, ejercitado el derecho de deliberar por un heredero voluntario y muerto éste dentro del plazo concedido para deliberar, sin haber manifestado su voluntad de aceptar la herencia, ni se puede decir que llegó á haber heredero, requisito necesario para los efectos de hacerse imposible la sustitución, ni que la herencia se aceptó, para que vengan los herederos del heredero, ó sea los llamados *transmisarios*, por virtud de aquel principio, «*hereditas adita ad successores transmittitur*», ni por el hecho de la falta de la aceptación deja de ocasionarse la porción vacante, que es la circunstancia determinante del derecho de acrecer para el coheredero. Verdad es, que la transmisión llamada *Justiniana*, si no transmite á los sucesores transmisarios, ó sea á los del heredero que pidió y obtuvo plazo para deliberar y murió dentro de él sin manifestar su resolución, les otorga, según aquella doctrina, el derecho de utilizar el resto del plazo concedido á su causante para manifestar si aceptan ó no la herencia, y que mientras esto no suceda, faltan, en realidad, los supuestos necesarios al derecho de sustitución y al de acrecer, pero los juristas, invocando el espíritu de la ley romana (2), entendieron que en tal caso era más próximo y eficaz el derecho del sustituto que el del transmisor Justiniano, por ser éste de una índole muy excepcional y menos coordinada é inmediata su casual expectativa incierta respecto de la herencia, en orden á la voluntad del testador, que la que representaba el derecho del sustituto llamado para el caso en que el heredero instituido *no llegare á serlo*, como no llegó en efecto el heredero voluntario que pidió plazo para deliberar y murió en el transcurso del mismo sin manifestar que aceptaba la herencia.

2.<sup>o</sup> *Derecho de sustitución*, porque una vez realizado su supuesto, de no ser heredero el instituido con prelación al sustituto, es llegado el caso de la sustitución por voluntad expresa del testador, y no puede decirse que haya porción vacante de la herencia para que el coheredero pueda utilizar el derecho de acrecer que se funda en la voluntad presunta del

(1) Explicadas, núms. 5 y 44, cap. anterior.

(2) L. 19, Cod. *De juri delib.*, que inspiró las 1.<sup>a</sup> y sigs., tit. 6.<sup>o</sup>, Part. VI.