

testador de que al instituir á varios como herederos y no serlo alguno de ellos, querría que se reparta la porción que éste deje entre los demás instituidos, en nombre de la conjunción ó coherencia entre ellos, cuando precisamente sucede todo lo contrario, cual es que, hay voluntad expresa del testador que ordena la sucesión á favor del sustituto en defecto del instituido, y la anterior presunción no cabe cuando el llamamiento expreso de la sustitución la contradice.

3.º *Derecho de acrecer*, á falta de transmisión y de sustitución, cuando por ello sobreviene la verdadera hipótesis del mismo con la porción vacante y su fundamento es *præsumpta voluntate testatoris*.

e. *Extinción.*

11. Se produce por causas de dos clases, *comunes y especiales*. Las primeras son todas las que producen la nulidad é invalidación del testamento ó de la institución de heredero; y las segundas la aceptación de la herencia por el instituido y la premoriencia del sustituto anterior á dicha aceptación, toda vez que la sustitución es una institución condicional de segundo lugar para el caso en que el heredero instituido en primero no lo fuese.

B. SUSTITUCIÓN PUPILAR.

a. *Concepto.*

12. Otra especie de las llamadas *directas* es la *pupilar*, que consiste en la designación de un segundo heredero, hecha por el padre que instituyó á un hijo impúber ó lo desheredó, sometido á su patria potestad, para el caso de que sea heredero y muera antes de llegar á la pubertad (1). Por su complejidad, que comprende la ordenación de *dos sucesiones* á favor del sustituto pupilar, cuales son, la herencia del padre, en que ha de suceder el hijo primero y después el sustituto, y la herencia del hijo, que por fallecer antes de cumplir la edad de la pubertad no puede testar, se considera que equivale á dos testamentos y á dos instituciones en favor del sustituto, el del padre por sí y el del padre por el hijo impúber constituido en su patria potestad.

b. *Elementos personales.*

13. Además de las reglas generales de capacidad en cuanto á la testamentifacción activa y pasiva, aplicables á la sustitución pupilar, tanto para ordenarla como para ser sustituto, son especiales en ella las de que el testador que la establece necesita hallarse en el pleno ejercicio de la patria potestad del hijo respecto de quien la ordena (2), y, por

(1) LL. 1.ª, 5.ª, 6.ª y 7.ª, tít. 5.º, Part. VI.

(2) LL. 1.ª y 5.ª, tít. 5.º, Part. VI, según las cuales no sólo el padre, sino el ascendiente que ejerciera la patria potestad, era quien podía nombrar sustituto pupilar, cuyo último supuesto hizo imposible la ley 47.ª de las de Toro, desde que privó á los ascendientes de la patria potestad sobre los descendientes, haciendo del matrimonio del hijo causa de emancipación legal.

consiguiente, podía nombrar sustituto pupilar no sólo á los hijos impúberes legítimos sino á los legitimados, ya instituyéndoles herederos, ya desheredándolos, y aun á los adoptivos, cuando se tratara de adopción plena que produjera la patria potestad (1) y también á los póstumos, que de haber nacido antes de morir el padre, habrían quedado sometidos á su patria potestad (2).

c. *Elementos formales.*

14. Son dos las formas expresas, una general y más comprensiva que la otra, bajo las cuales puede ordenarse la sustitución pupilar: 1.ª, la del supuesto normal de la misma nombrando al sustituto para el caso de las dos hipótesis de ser heredero el hijo impúber instituido y de morir antes de cumplir la edad de la pubertad (3), y 2.ª, la excepcional, pero prevista en la ley, del caso de desheredación del hijo impúber—que necesita para ser desheredado haber cumplido los diez años y medio (4) y demás condiciones legales (5)—, para el supuesto de que éste falleciere antes de la pubertad (6). Puede entenderse también ordenada la sustitución pupilar bajo una forma general tácita de la vulgar expresa cuando recae ésta sobre un hijo impúber constituido en la patria potestad y se llama al sustituto, no en los términos específicos de la pupilar «*si hæres erit et ante pubertatem decesserit*», sino en los de la vulgar «*si hæres non erit*» (7).

Claro es que esta forma tácita de sustitución pupilar, no tiene lugar bajo la vulgar expresa, cuando, además de ésta contiene el testamento otra pupilar expresa, ni cuando la sustitución es recíproca entre dos hijos ó de un hijo y una persona extraña y no son aquéllos impúberes ambos, ó faltan, en suma, las necesarias condiciones de reciprocidad para que procediera su aplicación á los dos instituidos y sustituidos recíprocos la conversión en pupilar tácita de la vulgar expresa, si se realizaba la hipótesis de la primera y no de la segunda (8).

(1) LL. 5.ª, 6.ª y 9.ª, tít. 5.º, Part. VI.

(2) L. 3.ª, tít. 23, Part. IV.

(3) LL. 1.ª y 5.ª, tít. 5.º, Part. VI.

(4) L. 2.ª, tít. 7.º, Part. VI.

(5) LL. 3.ª y 4.ª, idem id.

(6) L. 6.ª, tít. 5.º, Part. VI.

(7) L. 5.ª, tít. 5.º, Part. VI.

(8) Aunque la sustitución vulgar expresa puede entenderse que comprende la pupilar tácita, cuando recae sobre un hijo impúber constituido en la patria potestad del testador, no debe entenderse así si éste tuviese más de un hijo y el uno fuera impúber, respecto del cual ordenara la sustitución y el otro ú otros fueran púberes, si el sustituto nombrado fuera un extraño, porque en tal caso hacía de mejor condición á éste que á los hermanos del sustituido, lo cual pugna con la indole familiar de la sustitución pupilar y con el supuesto que la provoca de suplir la hipótesis de la sucesión intestada del impúber, á la cual serían llamados los hermanos á falta de ascendientes, ya que, muerto antes de llegar á la pubertad, no podía testar.

d. *Contenido.*

15. Los efectos *primarios*, en cuanto á la *forma*, concernientes á la sustitución pupilar, son los que corresponden á la institución condicional suspensiva, cuya naturaleza jurídica tiene, pero con doble condición, ó sea con dos condiciones suspensivas conjuntas, que han de cumplirse ambas para que nazca el derecho del sustituto, á saber: primera, *si hæres erit*; y segunda, *et ante pubertatem decesserit* (1), mientras que si la sustitución pupilar fuese de hijo desheredado, la condición suspensiva que ha de cumplirse, no es más que una, ó sea la segunda (2).

Como en la sustitución pupilar testa el padre por el hijo impúber instituido ó desheredado, para el caso de que éste muera antes de llegar á la pubertad, cumplidas que sean ambas condiciones suspensivas, se retrotrae su cumplimiento á la fecha de la muerte del hijo, por el cual se reputa instituido mediante la designación del padre, pero no á la de éste, y el sustituto pupilar sucede en la herencia del padre, que antes adquirió de éste, y en la herencia del hijo, pero sucede al hijo y no al padre; así como cuando se trata de la sustitución pupilar de un hijo desheredado, el sustituto pupilar sigue considerado como sucesor del hijo, aunque sólo sucede en el caudal particular de éste, pero no en el del padre, puesto que lo desheredó, y aquella parte de los bienes del padre de que le privó por la desheredación, sigue el destino que la diera en su testamento.

En efecto, el heredero puede tener bienes procedentes del testador ó de otras personas, y se pregunta si el sustituto pupilar heredará todos esos bienes. La contestación ha de ser afirmativa, puesto que, según se ha dicho, el testamento del padre que ordena la sustitución pupilar es *doble*, porque se estima que testa en su nombre y en el del hijo impúber á quien sustituye pupilarmente. Es excepción de esta regla, el caso en que la sustitución pupilar esté ordenada por un adoptante en adopción plena ó arrogante, en cuyo caso el sustituto sólo heredará los bienes del padre adoptante ó arrogante, pero en los demás, propios del arrogado, se abrirá la sucesión intestada.

Tanta fuerza dieron el Derecho romano y las Partidas á la sustitución pupilar, que llegaron al extremo de que si sobreviviera la madre del impúber sustituido pupilarmente por el testamento del padre, que nombró sustituto pupilar á un extraño, al morir el impúber, sería preferido el sustituto á la madre, de lo cual resultaba la desheredación indirecta de la madre del impúber.

No ofreció duda esta solución, por injusta que parezca, hasta que se publicó la ley 6.^a de las de Toro, estableciendo que «los ascendientes

(1) L. 7.^a, tít. 5.º, Part. VI.

(2) L. 6.^a, idem id.

legítimos por su orden y línea derecha, sucedan *ex testamento* y *abintestato* á sus descendientes, y le sean legítimos herederos, como lo son los descendientes á ellos, en todos los bienes de cualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan hijos ó descendientes legítimos, ó que *ayan derecho de les heredar*».

Sin embargo de dicha ley, muchos comentaristas siguieron entendiendo que quedaba subsistente en este caso, el criterio de la ley de Partida, que consideraban comprendido al sustituto en aquellas últimas palabras: «en caso que los dichos descendientes no tengan hijos ó descendientes legítimos ó que *ayan derecho de les heredar*», como salvedad á que se subordinaba la legítima de los dos tercios de los ascendientes; problema de exégesis que hoy ya carece de todo interés de aplicación.

La sustitución pupilar ordenada por el padre, no modificaba los derechos legitimarios que tuvieran los ascendientes del impúber que sobrevivieran al fallecimiento de éste, en cuyo caso los efectos primarios de la sustitución pupilar, quedarían reducidos á lo que reste, ó sea la tercera parte, pues los dos tercios constituían la legítima de aquéllos (1).

Los efectos *primarios* de la sustitución pupilar, relativos al número de los sustitutos, y los *secundarios* concernientes al *derecho de acrecer* y de *transmisión*, se acomodan á lo dicho respecto de la sustitución vulgar.

e. *Extinción de la sustitución pupilar.*

16. Se realiza por las causas *generales* que invalidan el testamento ó la institución de heredero, y por las *especiales* de premoriencia del hijo al padre, ó del sustituto al padre ó al hijo, de emancipación de aquél de la patria potestad de éste, por el cumplimiento de la pubertad ó por la arrogación del hijo (2).

C. SUSTITUCIÓN EJEMPLAR.

a. *Concepto.*

17. Se llama también *cuasi pupilar*, y tiene lugar en todos los casos en que la ordena un ascendiente que instituye heredero á un descendiente loco ó incapacitado, para el supuesto de que sea heredero y fallezca sin haber recobrado la capacidad (3).

b. *Elementos personales.*

18. Su fundamento no es la patria potestad, como en la pupilar, sino el afecto y cierto natural sentido tutelar entre ascendientes y descendientes, y pueden ordenarla lo mismo el padre respecto de los hijos que no estén ya constituídos en su patria potestad, y sean incapacitados, que

(1) Ley 6.^a de las de Toro; 1.^a, tít. 20, lib. X de la Nov. Rec.

(2) L. 10, tít. 5.º, Part. VI.

(3) LL. 1.^a y 11.^a, tít. 5.º, Part. VI.

cualquier otro ascendiente respecto de sus descendientes que se halle en igual situación, y siempre que el que la ordena tenga la testamentifacción activa, según las reglas generales del Derecho.

Estas mismas reglas generales de testamentifacción pasiva, serán las que determinen la capacidad del sustituto, con la especialidad de que, según la ley previene (1) que sean designados como sustitutos ejemplares del incapacitado, los hijos ó descendientes, si los tuviere, á falta de ellos los hermanos, y en último término los extraños, todos ellos, menos los primeros, dejando á salvo el derecho de legítima de los ascendientes, ya que la ley no les incluye en ningún lugar para la sustitución ejemplar.

c. *Elementos formales.*

19. Las leyes (2) no se hacen cargo más que de la forma general expresa de que el ascendiente instituya por heredero al loco ó incapacitado para el doble supuesto de que sea heredero y fallezca en el estado de incapacidad—*si hæres erit et intra furorem decesserit*—; pero es aplicable, por analogía, cuanto queda dicho respecto de este punto en la sustitución pupilar.

d. *Contenido.*

20. La naturaleza jurídica de la sustitución ejemplar, como la de la pupilar, es la de una institución de heredero subsidiaria con condición doble suspensiva, que ha de cumplirse en sus dos supuestos de ser heredero y morir en estado de incapacidad, por lo que se refiere á sus efectos *primarios* en cuanto á la *forma*; siéndole igualmente aplicables, bajo este respecto, las doctrinas de la sustitución pupilar, con las circunstancias indicadas de que el cumplimiento de las dos condiciones que la constituyen, de ser heredero el sustituido y de morir en estado de incapacidad, ha de retrotraerse al día del fallecimiento del mismo y no al del testador que ordena la sustitución ejemplar, y dejarse á salvo el derecho de legítima de cualquier otro ascendiente que pudiera tener el sustituido, siempre que el sustituto no sea hijo ó descendiente, limitándose, en tal caso, los efectos de la sustitución, á la tercera parte de los bienes, con deducción de las mandas ó legados que haya dispuesto el testador ó de las deudas testamentarias que sean imputables á dicha parte de bienes (3).

Son aplicables á los efectos *primarios* en relación al *número* de los sustitutos y á los *secundarios* del derecho de acrecer y de sustitución, en la sustitución ejemplar, las doctrinas consignadas acerca de dichos puntos en la sustitución pupilar.

e. *Extinción.*

(1) L. 11, tit. 5.º, Part. VI.

(2) 1.ª y 11.ª citadas.

(3) L. 11, tit. 5.º, Part. VI, y 1.ª, tit. 20, lib. 10, Nov. Rec.

21. Además de las causas generales de invalidación del testamento y de la institución de heredero, lo son especiales de la ejemplar, dos: el cesar la incapacidad del sustituido y la superveniencia á éste de un hijo, aunque sea póstumo, si en la sustitución fué designado un hermano ó un extraño, por no tener prole al tiempo de ser ordenada (1).

D. SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.

a. *Concepto y especies.*

22. Es la establecida por el testador que instituye á un heredero con ó sin el derecho de disfrutar parte ó todos los bienes de la herencia, y le encarga ú ordena la restitución de todo ó de parte alicuota de dicha herencia á otra persona (2). Puede suceder que, este encargo de restitución al sustituto fideicomisario, se haga con ó sin el derecho de disfrutarlos y la obligación de conservarlos más ó menos tiempo ó hasta su muerte, como el momento de cumplirse el gravamen de restitución del fideicomiso, en el que se cause ya definitivamente la sustitución á favor del fideicomisario; pero tales circunstancias son producto accidental de la voluntad del testador y no de la esencia del fideicomiso, á la cual basta la peculiar circunstancia de un primer heredero por *fiducia*, que se llama, por esto, *fiduciario*, al cual se encargue y por su intervención se defiera la sucesión del fideicomitente al verdadero y definitivo heredero, que es el *sustituto fideicomisario*.

Las instituciones en las que se otorgue el derecho de disfrutar y la obligación de conservar, por más ó menos tiempo ó hasta su muerte, á un heredero, todos ó la mayor parte de los bienes de una herencia, con encargo ó gravamen de restituirlos en el tiempo ordenado ó á la muerte de este primer heredero, al tercero como sustituto fideicomisario, si tienen de fideicomiso este elemento del encargo de restitución, pueden también en muchos casos considerarse como dos instituciones de heredero; una en el usufructo á favor del primero ó fiduciario, y otra en la nuda propiedad á favor del segundo ó fideicomisario.

Son dichos casos más bien de excepción que de esencia para el fideicomiso, en los cuales no se explicaría ni la necesidad de la *Cuarta Trebeliánica* en favor del fiduciario, para estimular su interés en favor de la aceptación de la herencia, ni el fin que inspiró la introducción en las costumbres de esta forma de testar, de hacer que llegue la herencia á personas incapaces de suceder según las leyes, ó cuyos nombres, como herederos del causante, no quisieran publicarse, valiéndose para ello de los fideicomisos con instrucciones reservadas. En ellos se descubren tres caracteres, á saber:

1.º Una liberalidad doble por parte del testador respecto del primer

(1) L. 11 cit.

(2) LL. 1.ª, 14.ª, tit. 5.º, Part. VI.

instituído con gravamen de restitución, y del llamado como sustituto; liberalidad ejercida respecto de los mismos bienes y en favor de dos personas llamadas á disfrutarlos por orden de su llamamiento, el uno después del otro, pero siendo ambos sucesores del causante y no el segundo sustituto fideicomisario del primero instituído ó fiduciario; y cuando son más de dos los llamamientos por varias sustituciones sucesivas, el primer sustituto viene á ser sustituido ó fiduciario respecto del segundo sustituto, y así sucesivamente si hubiere más; siendo la característica de la sustitución fideicomisaria, ese doble ó múltiple llamamiento en diferente lugar y categoría de realidad, al goce de los mismos bienes. 2.º Un gravamen de conservación y restitución del sustituto inmediatamente llamado después, en favor del cual se constituye aquél en una obligación jurídica y en una relación de Derecho que le obliga á la conservación y restitución y concede acción al sustituto contra él ó sus herederos para hacer efectiva la sustitución y exigir las responsabilidades por incumplimiento más ó menos parcial de la obligación de conservar los bienes del fideicomiso, pues de otra manera quedaría ineficaz la sustitución. 3.º El establecimiento de un orden sucesorio de diferentes grados, según el de los llamamientos y calidad de fiduciario instituído ó sustituto fideicomisario único ó primero y ulteriores, si la sustitución es múltiple ó de varios sustitutos llamados al goce de los bienes del fideicomiso, sucesiva, pero no simultáneamente, que cuando se perpetuaba indefinidamente, tomaba manifiesto carácter vincular.

23. El predominio de las notas, estricta y ormalista, que caracterizó las instituciones jurídicas en Roma, más pronunciado, si cabe, en la sucesión *mortis causa*, por la naturaleza de los actos de última voluntad y sus derivaciones y engranajes en las primitivas formas de testar con el Derecho público y con los ritos de votación de las leyes, unido á la circunstancia de la publicidad del nombre del heredero, fueron motivos bastantes para que siempre que resultaba discordancia entre la posibilidad legal de ordenar una disposición testamentaria, ya por razón de las circunstancias del tiempo, ya por las conveniencias del secreto ó las dificultades de incapacidad para suceder en la persona predilecta, se sintiera la necesidad de arbitrar medios ó fórmulas de sustraer á estos obstáculos del régimen legal testamentario.

Á esos motivos obedeció, sin duda, la aparición de formas oblicuas ó indirectas y hasta misteriosas y reservadas, que dieron lugar á la variedad excepcional del fideicomiso; según él, la institución del verdadero heredero á quien en definitiva habrán de pasar los bienes, no se hacía directamente y con palabras imperativas y categóricas, sino por el intermedio de otro, que no era más que heredero en el nombre y se llamaba *fiduciario*, al cual se le encargaba ó rogaba transmitiera á dicho heredero ó tercera persona, titulado *fideicomisario*, todo ó parte de la herencia,

empleando para ello palabras oblicuas ó de súplica ó mandato y caracterizándose el fideicomiso con aquella dicción de los textos romanos, *seu quid deprecativis relinquuntur*.

Comenzaron los fideicomisos por ser medios ilegales y falaces, á virtud de los cuales, se trataba de eludir las leyes que declaraban incapaces para suceder por testamento á ciertas personas, á fin de que por este medio pasaran á ellas los bienes objeto de la sucesión, generalmente según las instrucciones reservadas del testador, sin otra garantía que la moral de la buena fe y probidad del fiduciario en el cumplimiento de su encargo ó *fiducia*. Esta práctica consuetudinaria, consiguió tomar carta de naturaleza en las leyes romanas, pero á poco se observó que muchos fideicomisos se invalidaban por la no aceptación del heredero fiduciario instituído, haciendo á dicho testamento de la clase de los *destituidos*, que era una de las variedades de la nulidad de los mismos, ya por temor á las responsabilidades de las cargas ó deudas de la herencia, ya por la falta de estímulo ó interés de lucro para el fiduciario, que veía pasar por sus manos á las del fideicomisario, todos ó la mayor parte de los bienes que constituían la herencia, sobreviniendo entonces, ya las disposiciones que libraban de esa responsabilidad al fiduciario, ya las que le otorgaban una participación en la herencia por ministerio de la ley, con el nombre de *cuarta Trebeliánica*, para salir al paso de esas dificultades de que se hacían cargo las leyes romanas *Ne testamenta destituantur*, y *Ne nomen hæredis sit nomen inane* (1).

(1) No creemos inútil, á los efectos de dejar más explícitamente establecida la doctrina acerca de la importante materia de los fideicomisos, transcribir aquí, en sus principales pasajes, cierto dictamen de nuestra práctica profesional de Abogado, los cuales dicen así:

«II. ¿Qué validez tiene la cláusula testamentaria en que se instituye un fideicomiso, si el heredero fiduciario muere antes que el fideicomitente?»

«La cuestión capital de este problema jurídico está en determinar: 1.º, si en estas instituciones hereditarias más complejas, de elementos personales dobles en los herederos, es esencial la intervención de todos ellos, hasta el punto de que la falta ó desaparición de alguno sea causa de su ineficacia; 2.º, en qué momentos de la vida de dicha sustitución se requiere la existencia de los elementos personales que son esenciales á la misma.

«Primero. El fideicomiso, con carácter mixto, el común y genérico de institución hereditaria, y el particular de sustitución fideicomisaria, supone una especialidad en el modo de transmitir la herencia, constituida por la intervención de un nuevo elemento personal, el heredero fiduciario; ¿qué papel desempeña este nuevo elemento en la institución hereditaria? He aquí el primer problema de esta Consulta.

«Nacieron los fideicomisos en el Derecho romano como una manera de sustraerse á los rigores del sistema legal de la testamentifacción en aquella legislación; más tarde se mantuvieron como una manera de procurar, en forma distinta y más segura que lo hacia la ley, la solución de las dificultades que presentaba la ejecución de las disposiciones testamentarias. Una y otra causa de origen tienen carácter circunstancial no

24. Los fideicomisos son *universales ó singulares*, es decir, á título de herencia ó de legado, según que comprenden la institución de todos ó la mayor parte de los bienes por cuota ó cantidad, por ese título univer-

pueden mirarse como principios que fundamenten su existencia, fuera del orden histórico.

»Pero hay otra razón más poderosa que obliga á todas las legislaciones, sea cual fuere el sentido en que se inspiren, á crear ó conservar medios encaminados al mismo fin; esa razón está representada por el respeto y amparo que siempre han merecido del legislador aquellas deudas sagradas ó de conciencia con que es natural que cumpla el testador, sin que se trasluzcan sus verdaderos motivos en la letra de su testamento. Y esta razón que puede llamarse fundamental, porque responde á una necesidad reconocida por el orden natural del Derecho, podrá convertirse en razón histórica en cuanto en estos ó los otros Códigos ha sido atendida de una manera ó de otra, sin que por ello deje de tener un carácter capital en relación con el espíritu de cada particular derecho, y la forma especial de la institución en él creada para atender á dicha necesidad.

»En las leyes del pueblo romano y en las nuestras anteriores al Código civil, los fideicomisos tienen este carácter; y si posteriormente los argumentos que se pueden poner al servicio de una interpretación restrictiva de sus preceptos, estarían destituidos de fundamento ante la existencia de otras instituciones jurídicas que favorezcan los encargos de confianza, nunca lo estarían en la interpretación de aquellas legislaciones, faltas de otros medios encaminados al mismo fin.

»Con tal criterio restrictivo de interpretación, inspirado en el mismo espíritu de las legislaciones á que se aplica, y según la misión natural que en ellas cumplen los fideicomisos, se llega sin esfuerzo á las siguientes conclusiones:

»1.^a Que si la existencia del fideicomitente y del fideicomisario son necesarias para la validez del fideicomiso, porque son elementos personales que, con estos ú otros nombres (testador y heredero), intervienen en todas las formas de sucesión hereditaria, la del fiduciario, nuevo elemento personal intermedio, de que nace la fisonomía propia de esta particular institución, es tan esencial que, sin ella, no se concibe el fideicomiso ni la razón de su existencia.

»El fiduciario representa ese elemento de confianza de que el testador se vale para cumplir con algo en forma que á los demás es desconocido; emplea esa institución de más complicado mecanismo que las otras, movido, principalmente, por aquellas razones que son el deseo del fideicomitente y el conocimiento y encargo de confianza del fiduciario; quiere, en fin, aunque no sea más, que se ejecute su íntima y verdadera voluntad postrera, más ó menos velada bajo la especial y cautelosa forma del fideicomiso, por quien, siendo investido del carácter de heredero, ponga los derechos que por ello le asisten al servicio de la más escrupulosa ejecución de lo deseado y mandado por el testador; medios de que no dispone ninguna otra de las formas de ejecución testamentaria que las leyes registran.

»Si falta, pues, en cualquier momento de la institución el heredero fiduciario, falta el elemento personal propio y característico de la naturaleza del fideicomiso y desaparece la razón de su existencia; ese algo secreto ó no revelado explícitamente con que el testador quiso cumplir y confió al fiduciario; motivo que cabe suponer tan poderoso, que él, por sí solo, determinase la adopción de esta forma especial de testar, llamada *fideicomiso*.

»2.^a Que la misma conclusión á que se llega por una interpretación sistemática, fundada en la naturaleza y razones que legitiman la existencia de la institución fideicomisaria, puede alcanzarse estudiando las disposiciones concretas del Derecho romano y de las leyes de Partida, que en aquél se inspiraran, lo indican los preceptos que hacían obligatoria la aceptación de la herencia por el heredero fiduciario y los estímulos con

sal, ó el de cosa ó cantidad determinadas por el singular de legado.

Fueron también los fideicomisos *perpetuos y temporales*, según que los llamamientos y fiducias se sucedían á perpetuidad mediante ciertas

que se le brindaba por la cuarta Trebeliánica, á fin de que su renuncia no perjudicara al fideicomisario, haciendo *destituido* el testamento por la falta de aceptación del fiduciario, y aun la facultad de éste para obligar á aquél, todo lo cual hace pensar que, sin la aceptación y existencia, por tanto, del heredero fiduciario, no se concebía la validez del fideicomiso.

»En nuestro Derecho anterior al Código civil patentizan el mismo espíritu otras instituciones jurídicas sucesorias, como son las memorias testamentarias y el testamento por comisario, fundados también en razones de reserva y confianza, cuya ineficacia es notoria, en el caso en que falten los medios de acreditar las disposiciones reservadas ó la persona en quien se confió.

»3.^a Aunque, según las leyes 1.^a, tít. 19 del Ordenamiento de Alcalá y 1.^a, tít. 18, lib. X, Novísima Recopilación, parezca modificado el espíritu del Derecho romano y de las Partidas, considerando que no es necesaria la aceptación del fiduciario para que la herencia pase al sustituto fideicomisario, bien puede afirmarse que no lo ha sido en el punto concreto que motiva esta Consulta, en cuanto en el caso legal fijado no importaba que el nombrado heredero fiduciario no llegase á serlo jurídicamente, siempre que las instrucciones que recibió del testador pudieran ser conocidas por su testimonio y no constara que la confianza que éste depositó en aquél era personalísima é insustituible. El problema que entonces se presentaba estaba reducido á una sustitución de las personas intermediarias ó ejecutoras, quedando siempre á salvo las instrucciones del testador, fundamento de la institución fideicomisaria, que no se hace en atención á la persona del fiduciario, pues en tal caso lo procedente sería nombrarle heredero efectivo, sino á las instrucciones que se le dan y confianza que merece.

»4.^a La doctrina hoy reinante y admitida por nuestro Código civil, que incluye los fideicomisos entre las sustituciones, sería un argumento en favor de la opinión contraria á la afirmada hasta aquí, si á la fideicomisaria correspondiesen exactamente los caracteres de toda sustitución. En tal supuesto podría sostenerse que, así como en la sustitución pupilar expresa puede llegar á convertirse en una vulgar tácita, porque el heredero instituido impúber no llegara á ser heredero por premorir al padre testador y el sustituto pupilar se convirtiera en vulgar, la fideicomisaria es susceptible de la misma conversión, pasando al fideicomisario la herencia aunque el fiduciario hubiese fallecido con anterioridad al testador. Pero en rigor de doctrina hay que separar la sustitución fideicomisaria de las demás, porque éstas suponen la posibilidad de dos casos, que suceda el instituido ó el sustituto, uno de los cuales ha de cumplirse necesariamente, y aquélla exige la intervención de dos elementos personales en un solo caso posible, que tiene diferentes momentos al cumplirse en el tiempo un momento en que la herencia entra en poder del fiduciario, y otro en el que pasa definitivamente al fideicomisario. Así considerado en la sustitución fideicomisaria, todos los elementos cooperan á la unidad indestructible de la institución, en su peculiar mecanismo, que prefirió el testador para ordenar su última voluntad, faltando ésta, si falta alguna de aquéllas; cosa muy distinta sucede con las demás sustituciones.

»Segundo. En cuanto al momento ó momentos de la vida de dicha institución en que se requiere la existencia de los elementos esenciales de la misma para que el derecho nazca, se suele hacer por los tratadistas una distinción capital, según se trate del Derecho anterior al Código civil ó del desenvuelto en éste, considerándolos presididos por opuestos criterios.

»Según el Derecho romano y la legislación de Partidas, los herederos fiduciario y fideicomisario debían existir, no sólo al hacerse el testamento, sino también al morir