

de ellos no quisiera ó no pudiera heredar.» Claro es que aquí, dándose el supuesto de la sustitución, no es posible que se adjudique al sustituto la parte del sustituido, en la misma proporción con que fué instituido directamente por el causante, porque suponiendo que Z fuera el sustituto, se le podría, sí, adjudicar sólo una tercera parte de las dos que á X correspondían, pero entonces era preciso abrir la sucesión *abintestato* en cuanto á la otra tercera parte con manifiesta contradicción de la voluntad del disponente; y si, por el contrario, fuese X el sustituto, sería imposible guardar proporcionalidad, ya que instituido directamente en dos tercios sólo podría asignársale el otro tercio del patrimonio hereditario que á Z correspondía. Todo esto debió tener presente, sin duda alguna, el testador que redactara la cláusula antes transcrita, y aunque en ella estableciese distinciones en cuanto á la participación en la herencia de los dos herederos, claramente expresa su voluntad de que á ellos y sólo á ellos sea transmitido su patrimonio, y para el caso de que uno falte lo sustituye con el otro, que es tanto como decir que en el caso de que solamente uno de los instituidos llegase á heredar, á él corresponda el total de la herencia. Cuando los sustituye recíprocamente, lo hace con pleno conocimiento de la parte que á cada uno corresponde en la sustitución, que será naturalmente la del que resultara sustituido, sin consideración á proporcionalidad alguna.

Además, esto se demuestra de otra manera: la sustitución es, como se ha dicho, una institución condicional suspensiva, bajo la condición de que el instituido heredero en primer término no llegue á serlo; luego, en la sustitución recíproca de dos herederos, como en la cláusula arriba dicha por vía de ejemplo, hay dos instituciones para cada uno de los designados: una *pura* en la parte que directamente le atribuye el testador, y otra *condicional* en la parte correspondiente al coheredero; esta segunda, una vez cumplida la condición, se convierte en institución pura y como tal debe producir todos sus efectos.

No valdría la pena de insistir en este punto, como se ha hecho, si no se hubieran suscitado sobre él dudas y discusiones por autores y comentaristas muy respetables, que hacen el poco favor á los autores del Código de que al redactar este artículo pudo ocurrírseles la idea, no muy conforme con el sentido común, de una *distribución proporcional* de la herencia existiendo un solo heredero.

Y lo mismo que dicho queda en cuanto á la aplicación de lo dispuesto en el art. 779, en el caso de ser dos los herederos sustituidos recíprocamente, puede referirse á la hipótesis de que siendo varios, todos menos uno pierdan su derecho. Es indudable que éste entrará en posesión de la totalidad de la herencia. Otra cosa es la hipótesis de varios herederos instituidos en partes desiguales y sustituidos recíprocamente, ocurriendo la pérdida del derecho de uno de ellos; entonces tendrá per-

fecta aplicación lo que preceptúa el art. 779; la parte del sustituido se dividirá á prorrata entre los demás herederos, en la misma proporción con que hubieran sido instituidos directamente por el testador, porque es natural presumir que esa era su voluntad, y desde este punto de vista la disposición citada no puede ser más justa.

Aunque á la primera impresión parece encontrarse relación entre ella y las que al derecho de acrecer se refieren, no es sino remota, porque una y otras están dictadas en consideración á dos hipótesis diferentes. En efecto, el derecho de acrecer, según se ha visto (1), tiene lugar entre los coherederos que hubieran sido nombrados sin especial designación de partes. En tal caso, y conforme á lo dispuesto por el art. 986, el derecho del sustituto se supedita al de los coherederos; por eso el artículo que ahora se explica, ó sea el 779, refiérese al caso—como expresamente declara—de que los herederos que se sustituyen recíprocamente fueran instituidos en partes desiguales, y en el que, por tanto, no es posible que exista el derecho de acrecer que cede á la prioridad del de sustitución.

48. La *extinción* de la sustitución, puede originarse por multitud de causas, que cabe distinguir en *genéricas* y *específicas*. Dentro de las primeras aparecen de un lado las que, atacando á la subsistencia y validez del testamento, le destruyen con todas las cláusulas ó disposiciones en él contenidas, una de las cuales puede ser la de sustitución, y de otro, todas aquellas que se refieren á la extinción de la institución de heredero, y que deben aplicarse á la sustitución, desde el momento que ésta es una institución condicional, ó, como alguien la llama, *subsidiaria*, según repetidamente se ha dicho. Las causas *específicas* que extinguen la sustitución, las que concretamente á ella se refieren, son la *premorien- cia del sustituto* con relación al instituido heredero, y la *adición de la herencia* por éste. ¿Lo es la nulidad de la institución? Si el instituido fallece antes de aceptar la herencia, sólo cuando la sustitución se hubiera hecho por el testador para el caso de *no querer* aquél aceptarla, transmitirá á sus herederos el derecho que le correspondía, conforme á lo dispuesto por el art. 1.006. En todos los demás casos, el sustituto ocupará el lugar del primeramente instituido, claro es, que sin perjuicio del derecho legitimario que á los herederos forzosos del causante corres- ponda (2).

(1) Núm. 13, cap. 12.º de este tomo.

(2) Merece recordarse, para ilustración de esta doctrina, de la sustitución en general y de la especial denominada *vulgar*, en relación con la fideicomisaria, la resolución de la Dirección general de los Registros de 16 de Febrero de 1899, que dice así:—

«El llamamiento hecho por el testador á los hijos de su heredero, guardando orden de primogenitura para el caso de faltar este último, no revela que aquél tuviera el propósito de imponerle la aludida condición, si al fijar este orden sólo se propuso establecer una regla que sirviese de criterio para determinar las personas que en concepto

## B. SUSTITUCIÓN PUPILAR.

49. El Código civil ha variado el concepto de la *sustitución pupilar*. Atribución reconocida en la patria potestad, según la legislación anterior, como derivación del Derecho romano, era una facultad que únicamente correspondía á los que en la organización familiar disfrutaban de aquélla, con arreglo á la ley, y en virtud de la que se nombraba sustituto al hijo impúber, para el caso de que muriera antes de llegar á la pubertad. Hoy ya no es el padre ó la madre á quien corresponde la patria potestad, los que únicamente tienen ese derecho de nombrar sustituto al impúber; podrán hacerlo «los padres y demás ascendientes», según autoriza de un modo expreso el art. 775 del Código civil.

No es esta la sola modificación introducida por el artículo citado; ya se ha visto que tanto en el Derecho anterior, como en el romano, se tenía en cuenta para determinar las personas que podían ser sustituidas pupilarmente, y el plazo de la sustitución, el límite de la *pubertad*, esto es, los catorce años en el varón y los doce en la mujer; el Código, prescinde de estas distinciones y fija una edad común á todos los sustituidos; aquélla que atribuye también capacidad para la testamentifacción activa: la de los catorce años, tanto en la mujer como en el hombre. Es decir, que en nuestro actual Derecho civil, la sustitución pupilar, es aquella que hacen los padres y demás ascendientes, nombrando sustitutos á sus descendientes menores de catorce años, de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de dicha edad.

Ha variado del modo expuesto el concepto de la sustitución pupilar, porque el fundamento de esta institución, tampoco es ni puede ser el mismo en el Derecho civil actual que en el Derecho romano y en el anterior al Código.

La autoridad casi ilimitada del *pater familias* en Roma, la prevención con que se miraban en aquel medio ambiente social y jurídico las sucesiones *abintestato*, el recelo de que los herederos legítimos se procurasen la herencia acechando la vida del impúber, pudieron constituir motivos de origen de esta especie de sustitución, cuando hizo su aparición primero en las costumbres y luego en las leyes del pueblo-rey. Vaciada en el molde de estas últimas, nuestra legislación de Partida mantuvo la institución con el mismo carácter; pero al redactarse el Código, las cosas habían cambiado mucho, tanto que ninguno de aquellos motivos era suficiente para servir de base á la sustitución pupilar, y sin embargo el cuerpo legal vigente no quiso romper con la tradición romana —no con la genuinamente española extraña á esa institución—, y pretendió adap-

de tales hijos, una después de otra, y no todas á la vez, debían sucederle en todos sus bienes; la cual regla no es exclusiva de la sustitución fideicomisaria, sino que puede tener perfecta aplicación á la sustitución vulgar.»

tarla á las exigencias que la concepción jurídica y la organización social modernas imponían; decimos que lo pretendió, no que lo haya conseguido, pues no es posible encajar una institución anacrónica en los moldes del Derecho moderno, donde no encuentra razón de ser ni finalidad práctica. Y así sucede, que no es fácil hallar el fundamento que hoy tenga la sustitución pupilar, al no saber las razones que se tuvieron presentes para incluirla y reglamentarla en el Código.

Únicamente puede considerarse basada en cierto afecto nacido del vínculo familiar, que da origen á una acción tutelar ó protectora del impúber. Así se explica, que el derecho de sustituir en esta forma se concede á los ascendientes, aunque no gocen de la patria potestad, sin que en realidad semejante derecho signifique un beneficio para el pupilo.

50. De lo dicho se infiere, que tienen capacidad para sustituir pupilarmente, los que teniéndola para testar sean ascendientes del sustituido. Sustituto pupilar podrá ser todo el que tenga la llamada testamentifacción pasiva con relación á las dos personas del testador ó del instituido. Pueden ser sustituidos los descendientes menores de catorce años, incluso los hijos naturales reconocidos.

51. Los efectos *primarios* de la sustitución pupilar, en cuanto al número de los sustitutos ó de los sustituidos, no se hallan limitados por la ley, pudiendo aplicarse la regla general del art. 778 del Código.

En cuanto á la *forma*, puede ser la sustitución pupilar, *expresa* y *tácita*, incluyéndose en la primera la vulgar *tácita*.

La sustitución pupilar, ¿debe comprender todos los bienes del pupilo ó sólo los que le transmitiera el que le nombró sustituto? En el Derecho anterior no podía ofrecerse esta dificultad, porque la sustitución de esta clase era un verdadero testamento del pupilo hecho por el padre y en él se disponía, por consiguiente, de todos los bienes. Pero hoy no creemos que pueda sostenerse esto; aparte de que el testamento es un acto personalísimo, no hay razón para conceder á los ascendientes el derecho de testar en nombre del pupilo, bastante es que se le conceda el de nombrarle sustituto en los bienes hereditarios que le deje para el caso de que fallezca antes de tener capacidad para testar y de poder disponer, por tanto, de esos bienes, por causa de muerte; además, que siendo la sustitución pupilar una doctrina de excepción, una institución anticuada, debe interpretarse en sentido de restricción mejor que en el de amplitud.

Con este criterio, se resuelve fácilmente el caso de concurrencia de varios sustitutos nombrados por más de un ascendiente, caso difícil, pero no imposible. Figurémonos el siguiente: Antonio, abuelo materno de Juan, instituye á éste heredero en testamento otorgado el año 1898, nombrándole sustituto pupilar á Pedro. Y el padre de Juan otorga testamento en 1900 nombrando heredero á su hijo y designando como sustituto pupilar á Esteban. Fallece el mismo año el padre de Juan y dos años

más tarde el abuelo; obtiene aquél, por tanto, una herencia primero y después otra, y muere antes de llegar á los catorce años, dándose, por consiguiente, el supuesto de la sustitución pupilar. ¿Á cuál de los dos sustitutos nombrados corresponderá la herencia? ¿Á qué atenderemos para determinarlo? ¿Á la fecha del testamento, considerando que el posterior deroga al anterior? ¿Á la del fallecimiento respectivo de uno y otro ascendiente? ¿Damos al padre una preferencia que el Código en manera alguna autoriza, fundándonos, ya que no en motivos legales, en otros de una índole puramente natural? Ninguna de estas soluciones ofrece una regla segura, racional y con la generalidad necesaria para aplicarla á todos los casos. En cambio, si consideramos que el nombramiento de sustituto pupilar se hace sólo en cuanto á los bienes en que se instituye al pupilo; si únicamente damos, como es lógico, al sustituto el derecho que al instituído corresponde, si por todas las atendibles razones que le abonamos adoptamos ese criterio, la solución de la dificultad es sencillísima; es decir, no hay dificultad siquiera (1). Cada uno de los sustitutos heredará la parte de bienes perteneciente á la herencia del ascendiente que le designó.

52. Las causas de *extinción* de la sustitución pupilar son *genéricas* ó *específicas*; las primeras son las que se refieren á la nulidad, revocación ó ineficacia de las últimas voluntades, y concretamente las de la institución de heredero; las segundas son las peculiares de esta clase de sustitución, y pueden resumirse en tres: 1.<sup>a</sup> Llegar el hijo instituído á la pubertad; 2.<sup>a</sup> morir el hijo con anterioridad al padre; y 3.<sup>a</sup> fallecer el sustituto antes que el padre ó el hijo. En cualquiera de estos tres casos falta el supuesto de la sustitución y ésta se extingue.

#### C. SUSTITUCIÓN EJEMPLAR.

53. La misma causa ó igual fundamento que la sustitución pupilar reconoce la que con el nombre de *cuasi pupilar* ó *ejemplar*, se viene conociendo en Derecho, desde que en el positivo del pueblo romano tomó carta de naturaleza entre las instituciones jurídico-civiles.

Tampoco la da este nombre nuestro Código, omitiendo el tecnicismo consagrado por el uso, de la misma manera que prescinde de él, al tratar de la sustitución anterior. Pero aunque el nombre haya desaparecido, la institución se conserva, si bien reformada considerablemente y con una regulación restringida y no muy cuidadosa, puesto que un solo artículo—el 776—de redacción poco precisa, dedica á esta materia el Código civil.

Ya se ha dicho, que el fundamento de esta sustitución es el mismo

(1) Q. Mucius Scævola, en el tomo XIII de sus *Comentarios al Código civil*, estudia con gran detenimiento y lujo de detalles esta cuestión, resolviéndola en el sentido expresado.

que el de la pupilar, y sin embargo el origen de ésta es distinto en una y otra; tienen por base ambas la incapacidad para testar del sustituido, pero mientras en la sustitución pupilar dicha incapacidad se deriva de la falta de edad de éste, en la ejemplar, se halla motivada por la enajenación mental del mismo; de aquí, que la primera tenga un término cierto y conocido, la edad en que el sustituido puede hacer testamento con arreglo á la ley; no así la segunda, en la que la desaparición de la causa de incapacidad no puede preverse.

Es una reforma de trascendencia la que el Código introduce en esta materia, derogando el precepto del Derecho anterior, según el que era preciso nombrar como sustitutos ejemplares del loco ó demente á los descendientes legítimos, ascendientes ó hermanos, por este orden. Hoy no pone ninguna traba al testador el art. 776 que explicamos; por tanto, el nombramiento del sustituto ejemplar es absolutamente libre.

Por la defectuosa constitución del Código, ocurre una dificultad de no escasa importancia, cuando se trata de ajustar á la práctica la doctrina del art. 776, ya citado. Para que pueda nombrarse sustituto al loco ó demente, exige dicho artículo que, «*conforme á Derecho, haya sido declarado éste incapaz por enajenación mental*».

Es decir, que será necesario el previo expediente, en el que, á instancia de parte legítima—que no podrá ser otra que el cónyuge, los parientes del presunto incapaz que tengan derecho á sucederle *abintestato* ó el Ministerio fiscal, en su caso según los arts. 214 y 215 del Código—, se haga por el Tribunal competente la declaración de incapacidad. Esto se resolvería, si el incapaz fuese mayor de edad, por la aplicación directa de lo dispuesto por el Código en los arts. 213 y siguientes, y aun sería relativamente fácil, cuando aquel á quien se trate de sustituir ejemplarmente fuese menor de edad y estuviese sometido á tutela; cualquiera de las personas antes indicadas, podía solicitar la declaración de incapacidad, siguiéndose el expediente por los trámites marcados en el Código y la ley de Enjuiciamiento, salvo los preceptos que no le fueran aplicables, por hallarse ya nombrado el tutor. Pero, ¿y si aquél estuviese sometido á la patria potestad? ¿Cómo se cumpliría el precepto del art. 216, según el que, «antes de declarar la incapacidad, los Tribunales oirán al Consejo de familia? ¿Se tratará de una declaración de incapacidad *especial* y distinta de aquella á que se refieren los artículos citados del Código, para este caso concreto que examinamos? En todo caso, esta declaración, ¿cómo ha de hacerse *con arreglo á Derecho*? Algún comentarista, cortando, como vulgarmente se dice, por lo sano, propone que el padre ó la madre, por propio derecho, y sin necesidad de promover expediente de declaración de incapacidad, podrán nombrar sustituto ejemplar á su hijo, mayor de catorce años y menor de veintitrés, que padezca enajenación mental. No dudamos que es posible, tal vez, sostener con éxito esa inter-

pretación ante los Tribunales de justicia; pero el texto del artículo es terminante: «el ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años, que, conforme á Derecho, haya sido *declarado* incapaz por enajenación mental.» La ley no hace distinción alguna de casos y de personas, y es por lo menos aventurado dar como buena y aceptable una interpretación que, aunque basada en motivos racionales y en precedentes legales, contraría manifiestamente el precepto expreso que de interpretar se trata. Mientras llega la hora en que desaparezcan estas imprevisiones de redacción en el Código, la jurisprudencia es la encargada de determinar el sentido en que han de entenderse y aplicarse tales disposiciones.

El segundo párrafo del art. 776 se refiere á la *extinción* de la sustitución ejemplar; «ésta quedará sin efecto, dice, por el testamento del incapacitado, hecho durante un intervalo lúcido, ó después de haber recobrado la razón»; es decir, que la disposición testamentaria en la que se nombre sustituto al incapaz, subsiste mientras no la deje sin efecto otra disposición testamentaria del incapacitado, cuando no tenga esa incapacidad que le priva de la testamentifacción activa, ó sea en los dos supuestos que el artículo señala. ¿Hasta qué punto es de justicia ese criterio? Obsérvese cuál es el origen y la causa de esta sustitución, según lo que antes se ha explicado. Trátase de subsanar el defecto de capacidad de una persona que no puede disponer de sus bienes por causa de muerte, haciéndolo por ella un tercero, ascendiente suyo, que le nombra al que ha de sucederle en los bienes en que es instituido. Le designa sucesor porque ella no puede hacerlo y la ley le concede esa facultad; pero en el momento en que cesa el motivo que impedía hacer aquella designación; en el instante en que el sustituido recobra la capacidad que no tenía, la causa de la sustitución desaparece, y desaparecida la causa, el efecto debe lógicamente desaparecer también.

Es lo mismo que ocurre en la sustitución pupilar que antes se ha examinado; allí el origen y fundamento es también la incapacidad del sustituido, aunque la causa de la incapacidad es diferente, puesto que se trata de la falta de edad necesaria para otorgar testamento; deja de existir dicha causa de incapacidad, por haber cumplido los catorce años que la ley exige el favorecido con la sustitución, y ésta queda sin efecto, ¿por qué razón no ha de aplicarse el mismo criterio á la sustitución ejemplar? Es verdad que en ésta existe una fase ó modalidad que en la anterior no aparece, y que tiene que producir cierto efecto especial, derivado de su singular carácter; puede darse el caso en una incapacidad mental, de su desaparición momentánea ó transitoria, por la presencia de un intervalo lúcido en el paciente; y, naturalmente, á este pasajero cambio de condición jurídica en el sujeto, no puede atribuirse efectos definitivos y permanentes, ó no ser que el propio sujeto, por un acto de su voluntad en ese

instante en que con validez puede ejecutarlo, dé lugar, dentro de las condiciones establecidas en la ley, á una situación jurídica determinada, como sería el caso de otorgar testamento, con las formalidades especiales que para ello exige el Código. Este acto, así ejecutado, tendría efectos permanentes, en cuanto reuniría todos los requisitos necesarios para su validez.

Por este motivo, está muy puesto en razón el precepto del artículo que explicamos, en cuanto previene el caso de extinguirse ó quedarse sin efecto la sustitución ejemplar, por el testamento del incapacitado, hecho durante un intervalo lúcido; y sería totalmente acertada esta disposición, si, atendidas las razones antes expuestas, hubiese declarado como causa también de extinción de la sustitución ejemplar, el hecho de recobrar la razón el enajenado, redactando el párrafo segundo del artículo, en esta ó parecida forma: «la sustitución... quedará sin efecto por el testamento que el incapacitado otorgara durante un intervalo lúcido, ó por el hecho de recobrar aquél la razón».

Sin embargo, lo cierto es que, según el texto del Código, únicamente la disposición testamentaria del incapacitado, cualquiera que ella sea, otorgada en cualquiera de los dos casos referidos, dejará sin efecto la sustitución ejemplar.

¿Anulará á ésta el testamento del incapacitado anterior á su incapacidad? Es indudable que el testamento otorgado por una persona capaz, con las formalidades legales, tiene validez y eficacia aunque el otorgante cayera más tarde en incapacidad. Y de esta suerte, el heredero designado por él, le sucederá, llegado el caso, en virtud del derecho que la institución testamentaria le concede. ¿Pero le sucederá en los bienes y derechos que heredó el incapaz de un ascendiente, el cual nombró sustituto ejemplar en su testamento? Hay que tener en cuenta que, al nombrar sustituto, el ascendiente no hace otra cosa que *suplir* la voluntad del incapaz que se halla privado de manifestarla válidamente. De manera que si por una parte encontramos la manifestación de esa voluntad, hecha por el incapacitado con todos los requisitos necesarios para su validez, cuando pudo hacerla, y por otra, observamos que los bienes heredados de su ascendiente ingresaron en su patrimonio, y de este patrimonio había dispuesto por causa de muerte en la forma indicada, no hay obstáculo alguno para que el heredero que designó el incapacitado por su libre voluntad, expresada en forma legal, le suceda en aquellos bienes que recibió de su ascendiente, y que, por consecuencia, la sustitución hecha por éste se extinga y pierda su eficacia por falta de base que la sustente.

Consecuencia de la regla de Derecho que prohíbe todo gravamen, condición ó carga impuesta sobre la legítima, es el precepto del art. 777 igualmente aplicable á la sustitución ejemplar que á la pupilar, según el

que, estas sustituciones, cuando el sustituido tenga herederos forzosos, sólo serán válidas en cuanto no perjudiquen los derechos legítimos de éstos.

54. Común á las tres clases de sustituciones que se han estudiado, es el art. 780, que es expresión de un precepto de evidente justicia.

El sustituto que, producido el supuesto de la sustitución, adquiere la herencia, viene á ocupar el mismo puesto que el sustituido, y al adquirir el disfrute de los derechos que á éste correspondieran, justo es que adquiera también el deber de cumplir con las obligaciones impuestas á aquél, el de someterse á las mismas condiciones, el de levantar las mismas cargas y sufrir los mismos gravámenes que el sustituido, y únicamente se verá libre de esta obligación tan lógica, cuando el testador que le designó le relevase expresamente de ella, ó cuando las condiciones ó gravámenes fueran personalísimas del sustituido, de tal manera, que él solamente las pudiera cumplir y no otra persona.

#### D. SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.

55. Dedicó el Código ocho artículos—del 781 al 788—, á la última de las especies de sustitución que regula, ó sea, la *fideicomisaria*. Y es perfectamente explicable esta desproporción entre la amplitud de reglas que sobre la sustitución fideicomisaria dicta, y la sencillez y laconismo de los preceptos aplicados á cada una de las otras tres, no sólo por la mayor importancia que, tanto en la esfera de los principios, como en la de los hechos, hay que reconocer á aquélla, sino también por la mayor complejidad de su naturaleza jurídica que no puede menos de sentirse influida por derivaciones del orden económico y por las circunstancias históricas que han hecho de esta especie de sustitución un campo de incesante lucha en que la propiedad vinculada, nacida y desenvuelta en un ambiente social favorable y arraigada en las costumbres, se defendía de los ataques con que juristas y economistas, legisladores más tarde, y corrientes de opinión formadas al impulso de las doctrinas de aquéllos, pretendían destruir su dominación y destruirla de una vez para siempre, borrando hasta las huellas que de su paso quedaran, hasta las sombras que pudieran ostentar su apariencia. La tendencia desvinculadora venció al fin, y en leyes y Códigos, pragmáticas y decretos, se suprimieron ó modificaron en gran parte todas las instituciones de un aspecto vinculador más ó menos marcado, y en ellas, naturalmente, se comprendió la sustitución fideicomisaria, como genuina manifestación del derecho vincular.

56. Indistintamente se emplean por los tratadistas y por el mismo Código las palabras *fideicomiso* y *sustitución fideicomisaria*, como es también frecuente barajar los nombres de *fiduciario*, *heredero de confianza*, *albacea de confianza*, etc. Y sin embargo, es de importancia suma distinguir entre unas y otras especies y usar en cada caso el nombre apro-

piado, teniendo en cuenta que no se trata de una simple cuestión de nomenclatura, sino de algo más hondo y trascendente, ya que cada una de aquellas denominaciones responde á realidades distintas que no pueden confundirse. Procuremos precisar los términos, pues, de no hacerlo, llegaríamos á consecuencias funestas, como las producidas por esa confusión que en el Código existe.

Por su origen, por su carácter y por su finalidad, son perfectamente diversos el *fideicomiso* y la *sustitución fideicomisaria*. En la primera parte de este capítulo hemos tratado de la aparición en el Derecho antiguo de Roma del *fideicomiso* como medio indirecto de que los testadores se valían para ordenar una liberalidad en favor de personas que según la ley eran incapaces de recibirla. Su carácter es el de un encargo encomendado á la fe de otro (*fidei comissum*); este otro era como un mandatario respecto á la persona del testador, que disponía de los bienes, no por su propia iniciativa, sino por la de su causante, y disponía de ellos al efecto de entregarlos á la persona designada, en cumplimiento del encargo que aquél le había conferido. Esta es la esencia del fideicomiso: un llamamiento por voluntad del hombre á la sucesión *mortis causa*, en virtud del que la persona favorecida recibe los bienes de la herencia, no directamente, sino por conducto de otra persona expresamente designada por el testador para ese fin.

Existen, por consiguiente, tres personas: la del testador (*fideicomitente*), la del encargado de transmitir la herencia (*fiduciario*), y la del que recibe los bienes por el llamamiento á la sucesión hecho por el primero (*fideicomisario*). Este último, era el verdadero y único heredero, el instituido por el causante, el que continuaba la personalidad del difunto.

Dichos fideicomisos podían ser *expresos* ó *tácitos*; en los primeros, la persona del *fideicomisario*—es decir, la del heredero—se designaba expresamente; en los segundos no aparecía esta designación, y solamente del *fiduciario* era conocida la voluntad del causante, manifestada á aquél en instrucciones reservadas, ya verbales, ya escritas. Así sucedía especialmente cuando se trataba de burlar la ley haciendo recaer la herencia en un incapaz; de aquí aquella lucha entre las disposiciones legales y las de los testadores, entre la ley y la costumbre, en cuyos pormenores no hemos de entrar por no ser propios de este sitio. Pero si nos importa hacer constar, para el objeto que al presente perseguimos, que el fideicomiso, de esta manera concebido y de esta manera desenvuelto, nada tiene que ver con la sustitución, puesto que le faltan los elementos integrantes de la misma. Fué más tarde, cuando de la combinación de esas dos instituciones—la sustitución y el fideicomiso—surgió la *sustitución fideicomisaria*, cual forma completamente distinta de las otras clases de sustitución reconocidas por el Derecho—la vulgar, la pupilar y la ejemplar—, como un medio de consolidar el patrimonio